



Universidad  
Carlos III de Madrid  
www.uc3m.es

## ***TESIS DOCTORAL***

### ***Aspecto jurídico de la Privatización de Empresas Públicas: Un estudio comparativo del modelo español con el tailandés***

**Autor:**

Anan Khongkruephan

**Director:**

Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo

**DEPARTAMENTO DERECHO PÚBLICO DEL ESTADO**

**Getafe, Septiembre de 2013**



# ***TESIS DOCTORAL***

## ***Aspecto jurídico de la Privatización de Empresas Públicas: Un estudio comparativo del modelo español con el tailandés***

**Autor:**

Anan Khongkruephan

**Director:**

Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo

**DEPARTAMENTO DERECHO PÚBLICO DEL ESTADO**

**Getafe, Septiembre de 2013**





Universidad  
Carlos III de Madrid  
www.uc3m.es

## TESIS DOCTORAL

# **Aspecto jurídico de la Privatización de Empresas Públicas: Un estudio comparativo del modelo español con el tailandés**

**Autor:** Anan Khongkruephan

**Director:** Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Secretario:

Vocal:

Suplente:

Calificación:

**Getafe, Septiembre de 2013**



*A mis padres y demás familiares, y Chica K.*

*Al Tribunal Administrativo, profesor De La Quadra-Salcedo*

*A Fernanda, Camilo, Moisés y a quienes corresponda esta Tesis.*





## TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS UTILIZADAS .....	19
INTRODUCCIÓN: Presentación del tema y del objeto de estudio .....	27
<b>CAPÍTULO I:</b> Privatización: Perspectiva constitucional y noción conceptual .....	31
I Perspectiva constitucional .....	33
II Delimitación y precisión terminológica .....	51
II.1. Concepto de privatización .....	53
II.1.1 Privatización formal y privatización material .....	57
II.1.2 Privatización total y privatización parcial .....	59
II.2 Concepto de liberalización y desregulación.....	61
II.3 Empresas públicas.....	67
III Concepto de privatización en Tailandia y su problema actual.....	69
<b>CAPÍTULO II:</b> Perspectiva histórica de la privatización de empresas públicas: experiencias en España.....	77
I Unión europea y su influencia en la privatización española .....	79
I.1 Influencia conceptual sobre el término “empresa pública” .....	85

II Privatización de empresas públicas en España: una visión histórica.....	88
II.1 Primera etapa 1982-1995, la privatización de la época socialista.....	89
II.2 Segunda etapa 1996–2004, la privatización en manos del PP.....	93
II.3 Tercera etapa, desde 2004 hasta el presente .....	98
III Singularidades de la privatización española .....	100
IV Consejo Consultivo de Privatizaciones y otros sujetos en la privatización española .....	103
 <b>CAPÍTULO III: Aspecto jurídico de la privatización de empresas públicas en Tailandia .....</b>	 111
<b>PARTE I: Privatización de empresas públicas en Tailandia: paso inicial de la evolución privatizadora tailandesa y sus inconvenientes.....</b>	<b>112</b>
I.1 Evolución privatizadora en Tailandia .....	112
I.1.1 Concepción privatizadora tailandesa antes de B.E. 2540 (1997).....	112
I.1.1.1 El aumento del papel del sector privado.....	113
I.1.1.2 La transferencia o supresión de las empresas públicas con deudas excesivas .....	115
I.1.1.3 Iniciativa del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social (en inglés <i>The National Economic and Social Development Plan</i> ) .....	116

I.1.1.4 Modificación de las leyes, reglas, y demás normas involucradas para el impulso del papel de los sectores privados en las empresas públicas .....	118
a. La Ley sobre la Participación del Sector Privado en Operaciones Públicas B.E.2535 (1992) (vigente) .....	118
b. El Reglamento del Ministerio de Secretaria de Primer Ministro sobre la Distribución de Empresa Pública o Sus Acciones B.E. 2504 (1960) (vigente) .....	120
I.1.2 Concepción privatizadora tailandesa después de B.E. 2540 (1997) .....	120
I.1.2.1 El aumento del papel del sector privado en empresas públicas, según el Acuerdo del Consejo de Ministros en el 1 de abril de B.E. 2540 (1997) .....	120
I.1.2.2 Aprobación del Plan Maestro de la revolución de empresas públicas, según el Acuerdo del Consejo de Ministros del 1 de septiembre de B.E. 2541 (1998) .....	121
I.1.2.3 Asistencia financiera del Fondo Monetario Internacional –FMI- .....	122
I.1.2.4 Iniciativa de la Ley sobre las Sociedades de Capital Público como herramienta de privatización de las empresas públicas.....	123
I.1.2.4.1 Núcleo central de <i>la Ley sobre las Sociedades de Capital Público</i> B.E. 2542 (1999) .....	124
I.1.2.4.2 Empresas públicas sujetas a <i>la Ley sobre las Sociedades de Capital Público</i> B.E. 2542 (1999) .....	124

a. Empresas Públicas que se definen en <i>la Ley del Procedimiento presupuestario del Estado B.E. 2502 (1959)</i> .....	125
b. Tipos de empresas públicas existentes en Tailandia .....	126
b.1 Empresas estatales de Derecho Público.....	126
b.1.1 Empresas estatales organizadas por ley específica.....	126
b.1.2 Empresas estatales organizadas por Real Decreto basado en <i>la Ley de Órgano del Gobierno B.E.2496 (1953)</i> .....	128
b.2 Empresas estatales de Derecho privado .....	129
b.2.1 Empresas estatales organizadas de acuerdo con el Código Civil y Comercial .....	129
b.2.2 Empresas organizadas de acuerdo con <i>la Ley de Sociedad Anónima B.E.2535 (1992)</i> .....	129
b.3 Empresas estatales organizadas por Acuerdo del Consejo de Ministro .....	130
c. Transformación de empresas de carácter estatales a privadas, según la Ley sobre las Sociedades de Capital Público.....	131

c.1 Sujetos involucrados en los procedimientos de transformación conforme la Ley sobre las Sociedades de Capital Público.....	131
c.1.1 Consejo de Ministros.....	131
c.1.2 Comité de Transformación de empresas públicas .....	132
c.1.3 Comité de Preparativos de Establecimiento de Empresa Privada .....	133
d. Empleados de empresas públicas .....	136
 I.2 Análisis comparativo de la empresa pública en el ámbito español y tailandés.....	137
 PARTE II: Principios jurídicos significativos en el procedimiento privatizador de Tailandia.....	160
II.1 Estado de Derecho y Privatizaciones .....	162
II.1.1 Origen conceptual y su noción principal .....	162
II.1.2 Estado de Derecho, Constituciones y sus elementos fundamentales: España y Tailandia .....	165
II.1.2.1 El principio de separación de poderes .....	169
II.1.2.2 El principio de legalidad .....	171
II.1.2.3 El principio de seguridad jurídica .....	174

II.1.2.4 El principio de independencia del Poder Judicial.....	178
II.1.2.5 La supremacía de la Constitución .....	181
II.1.3 Estado de Derecho y Privatizaciones.....	182
II.2 Estado Social y Privatizaciones .....	197
II.2.1 Origen conceptual y su noción principal .....	197
II.2.2 Estado Social de Derecho y Estado de Derecho .....	201
II.2.3 Estado Social de Derecho y Constituciones: España y Tailandia .....	205
II.2.4 Estado Social y Privatizaciones .....	223
II.3 Estado Democrático y Privatizaciones .....	232
II.3.1 Origen conceptual y su noción principal .....	233
II.3.2 Estado Democrático y Estado de Derecho .....	235
II.3.3 Estado Democrático, Constituciones y Privatizaciones: España y Tailandia.....	238
PARTE III: El respeto al fin de interés general como el principio de buena administración en los procedimientos de privatización .....	250
PARTE IV: Exigencia de una norma aplicable en el procedimiento privatizador en Tailandia.....	267
IV.1 Principios jurídicos necesarios en el procedimiento privatizador..	273
a) Principio de publicidad.....	275

b) Principio de la igualdad de oportunidades.....	275
c) Principio de concurrencia .....	276
d) Principio de transparencia .....	279
IV.2 Obligaciones de servicio .....	281
IV.3 El respeto al fin de interés general.....	282
IV.4 Lista de empresas excluidas de la privatización.....	283
IV.5 Sistematización de la ley .....	283
IV.6 Garantía de los derechos de los trabajadores .....	284
IV.7 Capital extranjero .....	286
IV.8 Protección de consumidores y usuarios.....	289

#### **CAPÍTULO IV: Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo, Control**

Judicial del Poder Ejecutivo y Privatizaciones.....	291
I Breve historia de Tailandia.....	293
II Evolución histórica y garantías de la justicia de la jurisdicción contencioso administrativa de Tailandia: ámbito comparado entre España y Tailandia .....	294
III Ley de Creación del Tribunal Administrativo, Jurisdicción contencioso- administrativa y características destacadas .....	303
IV Potestades Ejecutivas, Control judicial y Privatizaciones.....	310
V Análisis jurisprudencial respecto de privatizaciones .....	337

CONCLUSIONES FINALES .....	347
BIBLIOGRAFÍAS.....	361
LISTADO DE RESOLUCIONES JUDICIALES .....	383
ANEXOS.....	389

Anexo I: Plan de Reestructuración y Racionalización del Sector Público  
Empresarial y Fundacional Estatal

Anexo II: *Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E.2542 (1999)* (versión  
en castellano)

Anexo III: Constitución tailandesa B.E 2550 (2007) (versión en inglés)



## INDICE DE GRÁFICOS

Gráfico I: Procedimiento para realizar las privatizaciones en España desde 1996 a la actualidad.....	104
Gráfico II: Proceso de la <i>Ley sobre la Participación del Sector Privado en Operaciones Públicas B.E.2535 (1992)</i> .....	119
Gráfico III: Procedimiento de transformación de empresa pública de Tailandia .....	135



## ABREVIATURAS UTILIZADAS

AGE	Administración General del Estado
AIE	Agencia Industrial del Estado
BCE	Banco Central Europeo
B.E.	Buddhist Era (Era Budista)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Comunidades Autónomas
CAT	The Communications Authority of Thailand (en español: Autoridad de Comunicaciones de Tailandia)
CCP	Consejo Consultivo de Privatizaciones
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEP	Centro Europeo de Empresas Públicas y Servicios públicos

CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
DGPE	Dirección General del Patrimonio del Estado
DTC	Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional
EA	Estatutos de Autonomía
EE.PP.	Empresas Públicas
EEUU	Estados Unidos
EGAT	Electricity Generating Authority of Thailand (en español: Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia)
EPE	Entidades públicas empresariales
FDA	The US Food and Drug Administration
FMI	Fondo Monetario Internacional

IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
INH	Instituto Nacional de Hidrocarburos
INI	Instituto Nacional de Industria
LAE	Loterías y Apuestas del Estado
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (derogada)
LCE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (vigente)
LCEP	Ley de Capital de la Empresa Pública del año B.E. 2542 (1999)
LG	Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno
LGP	Ley General Presupuestaria
LGTel	Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones

LNPA	Ley Nacional de Procedimiento Administrativo
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
LODE	Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación
LOECE	Ley Orgánica 5/1980, de 19 de julio, por la que se regula el Estatuto de los Centros Escolares
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOGFC	Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del sistema Educativo
LOGSE	Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del sistema Educativo
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
LPPE	Ley del Procedimiento Presupuestario del Estado de año B.E. 2502 (1959)
LPDE	Ley número 194/1963 aprobatoria del I Plan de Desarrollo Económico y Social
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.
OM	Orden Ministerial
OPA	Oferta pública de adquisición
OPV	Oferta pública de venta
ORECE	Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas

PAT	The Port Authority of Thailand (en español: Autoridad Portuaria de Tailandia)
PIB	Producto Interno Bruto
PP	Partido Popular
PSOE	Partido Socialista
PTT	Petróleo de Tailandia (en inglés, Petroleum Authority of Thailand)
RD	Real Decreto
S.A.	Sociedad Anónima
SEP	Sufficient Economy Philosophy (en castellano: Filosofía de la Economía de Suficiencia)
SEPI	Sociedad Estatal de Participaciones Industriales
SEPPa	Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales
SIEG	Servicio de interés económico general
SME	Sociedades mercantiles estatales



SRT	State Railways of Thailand (en español: Autoridad de Ferrocarril de Tailandia)
STAS	Sentencia del Tribunal Administrativo Supremo de Tailandia
TAS	Tribunal Administrativo Supremo de Tailandia
TC	Tribunal Constitucional de España
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TI	Organización internacional “Transparencia Internacional”
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TOT	The Telephone Organization of Thailand (en español: la

	Organización Telefónica de Tailandia)
TS	Tribunal Supremo
TSJA	Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
TSJM	Tribunal Superior de Justicia de Madrid
TrLGP	Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria
UEM	Unión Económica y Monetaria
UGT	Unión General de Trabajadores

## **INTRODUCCIÓN: PRESENTACIÓN DEL TEMA Y DEL OBJETO DEL ESTUDIO**

En Tailandia, la privatización de empresas estatales comenzó desde hace decenas de años. Algunas empresas se han privatizado con resultados positivos, pero en la mayoría de los casos no ha sido así. Resulta posible resaltar algunas de las principales dificultades respecto de la privatización tailandesa, por ejemplo, la falta de consideración de principios jurídicos significativos en los procedimientos privatizadores, vicios, errores existentes en normativa vigente, el problema en relación con los criterios de decisión de las autoridades administrativas al interés general, la confusión de términos como privatización y liberalización, la posibilidad de abuso del poder o la corrupción por parte de los políticos en los procedimientos privatizadores, entre otras cuestiones. Estos son algunos de los problemas que dificultaron los procedimientos de privatización en Tailandia.

En cuanto a este tema, se puede aceptar que el desarrollo de las privatizaciones en España resulte más eficiente que en el caso tailandés. Así pues, es interesante estudiar, de manera comparada, la experiencia española sobre este tema. Sin embargo, es preciso decir que entre España y Tailandia existen diferencias significativas, por ejemplo, el desarrollo histórico, distintos sistemas jurídicos, la moralidad de los políticos y su sistema del control, la participación en la integración comunitaria de España como un Estado miembro de la Unión Europea con la obligatoriedad de cumplir las políticas fijadas por la UE -en la actualidad no existe esta integración en mi

país<sup>1</sup>-. Dichas diferencias señalan que sería imposible adaptar todas perspectivas existentes en España a Tailandia, y que resulta más conveniente estudiar la experiencia española, las bases del pensamiento jurídico, comentarios y opiniones de los autores españoles, las normativas involucradas; y sobre esa base seleccionar datos útiles y posibles soluciones que resulten adaptables al sistema tailandés. Por esto, esta Tesis se enfocará fundamentalmente en el aspecto jurídico de la política de privatización, sobre todo en perspectiva constitucional tanto de España como de Tailandia, además, resulta indispensable destacar el papel de las autoridades judiciales en este asunto. Detalladamente, esta Tesis constará de cuatro Capítulos, resultando ser sus núcleos los siguientes:

El Capítulo primero: comienza con el análisis, desde el punto de vista constitucional, tanto de España como de Tailandia con el fin de considerar los preceptos constitucionales en relación a la concepción privatizadora. Con respecto a la comprobación de esta cuestión, en cuanto a España, nos centraremos fundamentalmente en los artículos 9.2 y 128.2 de la CE, mientras que en el caso de Tailandia lo haremos en los artículos 43 y 84 (1) de la Constitución tailandesa. Además, como quedó apuntado a propósito del problema de la confusión terminológica en Tailandia, este Capítulo se habla de la delimitación y precisión terminológica de tres términos principales, privatización, liberalización y desregulación, junto con las aclaraciones sobre la diferencia conceptual entre ellos.

---

<sup>1</sup> Tras la creación de la “Asociación de Naciones del Sudeste Asiático” -en inglés: *Association of Southeast Asia Nations: ASEAN*—en 8 de agosto de 1967, el paso siguiente será la iniciativa de la Integración Económica Regional, a partir de enero de 2015, con la cooperación de diez países --Indonesia, Singapur, Tailandia, Birmania, Malasia, Camboya, Brunéi, Filipinas, Vietnam, Laos--. Esta integración se denominada como AEC -en inglés: *Asean Economic Community*— de forma similar a la Unión Europea.

En el Capítulo segundo: se habla de la doctrina española sobre la privatización de empresas estatales. En concreto, por una parte, se considerará la influencia de la UE que afecta a la política de privatizaciones españolas y, por otra, se analizará el desarrollo nacional a propósito de la privatización en la práctica de España, contemplándose cada etapa desde el comienzo del procedimiento hasta el presente. Además, resultará imprescindible estudiar la estructura procedimental de privatizaciones y los sujetos relacionados en todos los procedimientos privatizadores españoles.

Siguiendo con el Capítulo tercero: es el núcleo central de esta Tesis; dividido en cuatro partes principales: en primer lugar, se abordará la perspectiva histórica sobre la privatización de empresas públicas en Tailandia, así como la consideración analítica sobre algunas dificultades en el paso inicial del procedimiento privatizador ocurridas actualmente en Tailandia; en segundo lugar, como se ha indicado anteriormente, el problema fundamental en la privatización tailandesa es la falta de aplicación de principios jurídicos significativos, por eso, se comentará esta parte los principio jurídicos primordiales aceptados en numerosas obras de autores españoles; en tercer lugar, se analizará sobre la importancia del fin al interés general como criterio de decisión de las autoridades administrativas en relación a los procedimientos privatizadores; y, en último lugar, se considerará la necesidad en Tailandia de aprobar una norma de carácter específico para configurar los procedimientos privatizadores.

Tras el análisis concreto del aspecto jurídico de la política de privatizaciones de ambos países, el estudio no estaría completo si no se hace referencia y

analiza la relación entre las autoridades judiciales y privatizaciones. Por lo tanto, en el último Capítulo, se analizarán y criticarán las actuaciones de las autoridades judiciales en relación con la privatización, los problemas afrontados y algunas salidas propuestas y aplicadas en España que podrían adaptarse en Tailandia.

Por lo expuesto anteriormente, es posible valorar la importancia de la experiencia, tanto histórica como jurídica de España, considerando que ésta podría ser útil para Tailandia. Sin embargo, según los distintos factores que se han indicado en los párrafos anteriores, el método de estudio de esta Tesis será la adaptación de los principios o medidas positivas de España que sean aplicables en la propia privatización tailandesa, es decir, se evitará el duplicado o plagio de los conceptos, modelos o leyes españolas para solucionar las dificultades de mi país, sino que se analizarán los principios que deberían ser aplicados, adaptándolos para mejorar el sistema de privatización de Tailandia. Tras la lectura de esta Tesis, los lectores reflexionarán sobre: ¿Cuáles son las ventajas que recaerán sobre el Estado español con la influencia de esta Tesis? Es obvio que Tailandia será el beneficiario directo de este estudio, siendo España también beneficiada de un modo más indirecto. Así pues, con esta investigación, se podrá beneficiar el Estado español de las informaciones jurídicas y judiciales, sobre todo, las referidas al sistema privatizador tailandés, es decir, la contribución será un valor académico, como intercambio de conocimientos entre España y Tailandia.

## CAPÍTULO I

### PRIVATIZACIÓN: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y NOCIÓN CONCEPTUAL

Un suceso que marcó el origen de la idea de la intervención del Estado en la actividad económica fue la *Gran Depresión de 1929*. El 24 de octubre de 1929 se produjo el *crash* de la Bolsa de *Wall Street* de Estados Unidos y causó la ruina de miles de inversores. Muchos de inversionistas habían comprado acciones con créditos que no podían pagar. Dicha situación condujo a que la gente entrara en pánico, a que no confiara en el sistema financiero; quienes poseían dinero en cuentas bancarias corrieron a retirarlo. Esto provocó la quiebra de los Bancos americanos, como una infección y el contagio de los países en Europa por este problema y, por ende, todo el mundo.

Una lección a extraer de dicha crisis provino de un gran pensador John Maynard Keynes. La teoría de Keynes se basa en dos aspectos principales: uno es que los fenómenos deben ser contemplados desde una perspectiva global y macroeconómica; y otro es que el Estado ocupa un lugar significativo dentro del sistema económico. Este segundo aspecto de la teoría de Keynes provocaba la idea de que el Estado tenía un papel central en la determinación del nivel de actividad económica y del empleo.

Se desarrolló el papel del Estado como gerente social de la igualdad de oportunidades, creando la estructura económica de una sociedad de bienestar que proporciona la educación, sanidad, seguridad y protección, la oportunidad económica a todos los ciudadanos, en régimen de igualdad y de forma directa. Además, para controlar las gestiones y corregir o compensar los desequilibrios y defectos del mercado, el Estado debía crear varias herramientas, una de ellas era la creación de empresas públicas.

Sin embargo, esta doctrina ha causado otras dificultades, por ejemplo, el aumento del gasto público, el monopolio y la restricción de la competencia, entre otros. Por eso, la intervención estatal en la economía, a través de empresas públicas, ha ido disminuyendo, es decir, se fue abandonando la doctrina Keynesiana y se comenzó a enfocar el pensamiento del Liberalismo Clásico y Neoliberalismo, que ha hecho retroceder las fronteras del Estado mediante una política de privatización y liberalización. Esta tendencia ha llegado a Europa y, como es sabido, Gran Bretaña fue uno de los países precursores de la noción privatizadora y liberalizadora. Dicha idea estaba arraigada en la era de la Señora Margaret Thatcher, Primera Ministra del Reino Unido entre los años 1979 y 1990.

Dicho movimiento ha generado como resultado, que las antiguas industrias nacionalizadas hayan desaparecido en su mayoría, siendo sustituidas por corporaciones comerciales financiadas por capital privado. Las privatizaciones del sector público avanzaban rápidamente. Sin embargo, aunque su evolución se desarrolló desde hace unas décadas, se constituye en tema central en la actualidad, al constituirse en uno de los métodos al que numerosos Estados han optado para paliar la crisis económica que



están afrontando en esta época y, sobre todo, para llevar a cabo la famosa política de reducción del déficit público.

En esta parte, conforme el objetivo de este trabajo, -la consideración del aspecto jurídico de la concepción privatizadora-, debería hablarse, en primer lugar, de la dimensión constitucional en relación con la doctrina privatizadora, tanto en la Constitución española como en la Constitución de Tailandia. Además, en cuanto al término *privatización*, existen otros relacionados que pueden ser confundidos con aquél. Por eso, en este Capítulo se intenta aclarar la definición de tales términos, por ejemplo, la privatización, desregulación, liberalización, empresa pública etc. A continuación nos dedicaremos a estas aclaraciones.

## **1 Perspectiva constitucional**

Como ya se ha apuntado, esta Tesis se enfoca en el aspecto jurídico de la concepción privatizadora en comparación entre España y Tailandia. Para comprender las políticas privatizadoras de ambos países, deberían analizarse concepciones desde las normativas jurídicas, sobre todo, desde la Constitución. Por lo tanto, en los párrafos que siguen se centrarán en la perspectiva constitucional, tanto de España como de Tailandia, en relación con la política de privatización.

En primer lugar, se expone la concepción de privatización, y también la liberalización, en el caso español. La Constitución Española (en adelante la CE) expresa la igualdad como valor superior del ordenamiento, en el Estado

Social y Democrático de Derecho (el artículo 1.1 de la CE). Se vincula dicha igualdad al artículo 14 de la CE, que establece, de modo explícito y formal, que, *“los españoles son iguales ante la Ley”*. Sin embargo, en el Estado español el mandato de igualdad tiene también un significado material y no sólo formal a través del artículo 9.2<sup>2</sup> de la CE que señala que *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”*<sup>3</sup>.

Según este artículo, se trata de que los poderes públicos promuevan los medios necesarios para que la igualdad y libertad de los individuos y de los grupos sean reales y efectivas, es decir, para tender progresiva y avanzadamente a una igualdad y libertad en el sentido material<sup>4</sup>. Hay que

---

<sup>2</sup> Este apartado tiene su precedente en los artículos 46, 47 y 48 de la Constitución Española de 1931. Además, en el ámbito comparado, se establece este semejante precepto también en el artículo 3.2 de la Constitución italiana, aprobada en el 22 de diciembre de 1947, que *"Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país."*

<sup>3</sup>. Según la antigua Sentencia del Tribunal Constitucional español, número 127/87, sobre el artículo 9.2 de la CE que *"(...) el tratamiento diverso de situaciones distintas puede incluso venir exigido, en un Estado Social y Democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento como son la justicia y la igualdad (art. 1º) a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...)".*

Además, se ha explicado también en otra Sentencia del Tribunal Constitucional español, número 39/1986, de 31 de marzo, que es un precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social.

<sup>4</sup> Según la interpretación clásica –que tiene sus raíces en la obra de Hermann Heller– se venía distinguiendo entre un principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquélla en el Estado Social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos. Para lograr esta igualdad material, los poderes

aclarar que, por una parte, el artículo 9.2 se refiere a la tarea de los poderes públicos como *la función promocional* para equiparar el nivel de vida de todos los españoles por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes. De esta forma compromete positivamente a los poderes públicos para la creación de las pertinentes condiciones de efectividad de la libertad e igualdad. Puede decirse que es el cometido primordial del Estado, el de promover la libertad e igualdad reales y efectivas para todas las personas.

Por otra parte, se menciona también la competencia por parte de los particulares, tanto en forma de individuo como del grupo. Los particulares tienen derechos a obtener la libertad e igualdad en cualquier actividad económica, además, consiguen las protecciones y garantías del Estado para quitar los impedimentos ocurridos durante su presencia en la actividad económica.

Además de dicho artículo, en relación al tema, hay que considerar también el artículo 128.2 de la CE, que reza: "*Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.*". El análisis de este artículo<sup>5</sup> puede separarse en varias partes de marcada importancia cada

---

públicos deberán, en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real. {CARMONA CUENCA, Encarnación. El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos*. 1994. Nº 84. pp. 271 y ss.}

<sup>5</sup> La regulación de la Economía en la Constitución en España alguna vez se ha denominado "*Constitución Económica*", que W. Eucken define como "*el conjunto de decisiones políticas o*

una. La primera consiste en el reconocimiento de la libre iniciativa pública en la actividad económica. La segunda se refiere a la posibilidad de reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, y la tercera a la posibilidad de acordar la intervención de empresas cuando lo exigiere el interés general.

A nuestro tema, lo que resulta más interesante es la segunda parte referida *"la posibilidad de reserva al sector público de recursos o servicios esenciales"*. Se habla ampliamente del alcance del término *"reserva"* y se interpreta, de algún modo, que en este precepto se comprende no sólo la sustracción a los particulares de la posibilidad de desarrollar una determinada actividad económica, sino el hecho de que dicha actividad se ejerza directamente por el Estado o por los poderes públicos. De otro modo, se entiende también como el dato de que sea ejercida directamente por los poderes públicos con la idea de nacionalización.

La diferencia entre los dos aspectos es interesante, pero no es objeto de este trabajo. Lo que debe destacarse es que puede hacerse la reserva por parte del Estado por razón de ser *"servicios esenciales"*<sup>6</sup>. Dichos servicios, en virtud

---

*constitucionales sobre temas económicos"*, tratándose de un concepto del desarrollo del modelo de Estado de Bienestar. En la antigua Sentencia del Tribunal Constitucional español, número 1/1982, de 28 de enero, hacía referencia al concepto de Constitución Económica, señalando que *"En la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución Económica (...)"*.

<sup>6</sup> En cuanto al concepto de servicio esencial, podemos encontrarlo en una Sentencia del Tribunal Constitucional número 26/1981, de 17 de julio, que se pronuncia sobre el concepto de servicio esencial en relación con el derecho de huelga. Aunque no se trate de dos conceptos idénticos y la perspectiva del artículo 28.2 de la Constitución no sea sin más extrapolable a la interpretación del concepto de servicio esencial del artículo 128, dicha Sentencia se refiere a las *"actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones*

del artículo 128.2, son la vía para que el Estado pueda reservarlos para sí de modo exclusivo. Fuera del cauce de este artículo, es imposible entender que sean legítimas figuras de servicios públicos que impliquen la sustracción a los particulares de una actividad económica<sup>7</sup>.

No se establece en la Norma Suprema española, de manera exacta, cuáles son los servicios esenciales, pero existen varias interpretaciones al respecto. Una de ellas, que es interesante, es que la esencialidad de un servicio puede relacionarse con la necesidad para el correcto funcionamiento de los elementos básicos de la sociedad en cada momento. En este sentido, no se trata de servicios que sean indispensables para la supervivencia individual de los ciudadanos, sino que se hacen indispensables para el funcionamiento social con las características propias de determinada época. Además, en mi opinión, existen dos factores que influyen en la determinación de cuáles servicios son esenciales. En primer lugar la esencialidad depende de cada momento, es decir, sería esencial este servicio en el pasado o en la actualidad, en cambio, podría ser menos esencial o innecesaria en el futuro, y en segundo lugar, dependiendo de la coyuntura o tradición propia de cada sociedad. Algún Estado fija algún tipo de servicio como servicio muy esencial y reserva su desarrollo sólo a los poderes públicos, pero otros

---

*vitales o necesarias para la vida de una comunidad*" y la actividad industrial o mercantil relacionada con prestaciones vitales se refiere a una actividad que es esencial en el sentido del 128.2 a efectos de reserva. En el caso del derecho de huelga el servicio esencial se basa más en aquellos servicios que satisfacen o hacen posibles los derechos y libertades fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, sin embargo, una prestación vital o necesaria para la vida de una comunidad es un concepto más amplio que el de vital o necesaria para la vida de una persona, es decir, "*una actividad que sea necesaria o indispensable para la vida social es una actividad esencial en el sentido del 128.2*".

<sup>7</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. Artículo 128: riqueza, Iniciativa pública y reserva al servicio público. En: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Derecho Reunidas, 1996. p. 68.

Estados resuelven esta cuestión de modo más flexible. Se refuerza esta idea que venimos explicando con palabras del profesor De la Quadra-Salcedo que <<(…) Naturalmente, ningún servicio es esencial y necesario por naturaleza; en unos países puede organizarse como servicio público y en otros no>><sup>8</sup>. Un ejemplo interesante se ha producido en Estados Unidos es el concepto de privatización de las cárceles<sup>9</sup> -que fue propuesto por primera vez en la década de los 80-. Este concepto, para un profesor estadounidense, Bruce L. Benson, se ha denominado como la privatización de la justicia. Ésta es la transformación de la titularidad del Estado americano con carácter mucho más amplio, más flexible que lo que podemos observar en otros varios países, y también en España y Tailandia que, sin duda, prohíben dicha transferencia.

No obstante, respecto al carácter esencial del servicio no significa que todos los servicios esenciales deban estar reservados al Estado. La decisión de si se reserva o no, es una cuestión que la Constitución española ha dejado abierta. Y la deja abierta en función de lo que en todo caso se entienda que

---

<sup>8</sup> DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. *Liberalización de las Telecomunicaciones, Servicio Público y Constitución Económica Europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995. p.103.

<sup>9</sup> En Estados Unidos, el concepto de privatización de las cárceles fue propuesto por primera vez en la década de los 80. A mediados de esa década numerosas empresas quisieron tener el dominio a la prisión americana y sus facilidades, y, además, construyeron nuevas cárceles para atender a las necesidades de los Estados que tenían cifras extremas de presos en ambientes muy deteriorados. Se dio así un elevado nivel de preocupación por cuestiones relacionadas con el control de la seguridad en la prisión privatizada, y, además, con la legitimidad de la prisión privada. Sin embargo, no tenía problema significativo con sus rendimientos.

es más conveniente para la gestión, desarrollo e implantación del servicio de que se trate<sup>10</sup>.

En relación con el tema de estudio, acerca de la relación entre principios constitucionales y el procedimiento de privatización o liberalización, es preciso decir que desde el punto de vista constitucional español son posibles distintos modelos; uno es la intervención pública con reserva de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, en virtud del artículo 128.2 de la CE, y otro es el modelo de la liberalización o privatización.

En el primer modelo, acerca de los servicios esenciales, muchos son los que antes se llamaban servicios públicos, por ejemplo, el servicio de energía eléctrica, agua, electricidad, transporte aéreo, marítimo, entre otros. Anteriormente, la preocupación residía en que si se liberaliza o se privatiza los particulares se convertirían en protagonistas en el mercado, y supuestamente ellos iban a enfocarse sólo en la rentabilidad, por tanto, en cuanto a los servicios públicos, o sea los servicios esenciales -los que hemos mencionado recientemente-, podían ser afectados por la inversión o la prestación de servicios que no cubría a todos los ciudadanos, y que también podrían afectar a la efectividad de la igualdad y libertad, por ejemplo, un prestador particular, tras liberalizarse o privatizarse, invertiría y prestaría servicios solamente en las zonas rentables y abandonaría la prestación para la zona rural -con una cantidad de pocos habitantes-, poniendo como explicación que la dispersión de la población, su escaso número o los

---

<sup>10</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. Artículo 128: riqueza, Iniciativa pública y reserva al servicio público. En: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Ob. cit. p.72.

dificultades geográficas resultan desfavorables para inversiones. Según dicho ejemplo, por lo tanto, el Estado ha optado por monopolizar dichos servicios en sus manos para garantizar que la prestación del servicio sea de carácter adecuado para todos y, en consecuencia, puede generar la efectividad de la igualdad y libertad a sus ciudadanos.

No obstante, hay una dimensión de libertad que exige la abstención estatal, es decir, el Estado no debería intervenir en algunas actividades. Pero para que la libertad e igualdad sean reales, el Estado deberá garantizar y proteger a sus ciudadanos con las condiciones apropiadas, siendo éste el objetivo del artículo 9.2 de la CE, por ejemplo, si la gente no puede leer o escribir, no puede ejercer bien su libertad de expresión o información, por eso, el Estado tiene que garantizar o promover las condiciones pertinentes, como la educación básica, para que pueda ejercer su derecho realmente. Una cuestión interesante es la siguiente: ¿Cómo promover las condiciones pertinentes para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas en relación a la liberalización o privatización? Es preciso decir que, según el artículo 9.2 de la CE, tras liberalizarse o privatizarse, el Estado puede hacer uso del modelo o instrumento que convenga para cumplir su deber en cuanto a la fijación de condiciones apropiadas para garantizar la existencia y efectividad de la libertad e igualdad. Por ejemplo, se fija la norma o condición para que los particulares presten el servicio público de manera efectiva para todos; el control en el precio del servicio para que no sea exagerado. Al contrario, si no se dan las condiciones adecuadas, esto significa un incumplimiento del artículo 9.2 de la CE como consecuencia de la forma de realizar el procedimiento de liberalización o privatización.



En cuanto al punto de vista constitucional de Tailandia, la libertad y tarea de los poderes públicos en relación a las políticas estatales están referidas en dos artículos principales, el 43 y el 84 (1) que establecen lo siguiente:

El artículo 43 apartado 1 dice que: *Toda persona disfrutará de libertad de promover empresas o dedicarse a cualquier ocupación, en términos de competencia libre y leal.*

El artículo 43 apartado 2 expresa que: *Ninguna restricción de tal libertad bajo el apartado 1 podrá ser impuesta, salvo por virtud de leyes específicamente aprobadas para mantener la seguridad (...)*<sup>11</sup>

El artículo 84 (1) establece que “El Estado deberá observar los principios directivos de las políticas estatales en relación a la economía, de la forma siguiente:

(1) *Promoviendo una economía libre y leal basada en el sistema de mercado y el desarrollo sostenible a través del rechazo y contención de leyes y regulaciones dirigidas al control de la actividad económica que no correspondan a las necesidades de la economía, y evitando la constitución de cualquier empresa que esté sustancialmente en competencia con el sector privado, a menos que sea necesario con el fin*

---

<sup>11</sup> En inglés, Section 43: *A person shall enjoy the liberties to engage in an enterprise or an occupation and to undertake fair and free competition.*

*The restriction on such liberties under paragraph one shall not be imposed except by virtue of the law specifically enacted for maintaining the security and safety of the State or economy of the country, protecting the public in regard to public utilities, maintaining public order and good morals, regulating the engagement in an occupation, consumer protection, town and country planning, preserving natural resources or the environment, public welfare, preventing monopoly, or eliminating unfair competition.*

*de mantener la seguridad nacional, la salvaguarda de intereses generales, o la prestación de servicios públicos*<sup>12</sup>.

Según lo referido arriba, el artículo 43 apartado 1 de la Constitución tailandesa establece la libertad de los particulares en la vida económica, sin embargo, se puede restringir tal libertad a través de leyes, pero se admite dicha restricción solamente cuando se den las excepciones establecidas en el apartado 2 del mismo artículo. Además, se añade en el artículo 84 (1), la función del Estado de impulsar y promover la libertad en el sistema económico tailandés con el fin de garantizar un mercado libre y justo. Sin embargo, se establece la excepción relativa a las actividades económicas previstas en el artículo 84 (1), (-i) el mantenimiento de la seguridad del Estado, ii) la preservación de intereses comunes, o iii) la prestación de servicios públicos-), el Estado no podría dejar libre el sistema de mercado, y tendría que intervenir si fuera necesario. En comparación con los artículos 9.2 y 128.2 de la CE, a mi entender, es aparentemente distinto porque en el caso español, se le da un instrumento al Estado para reservar los recursos o servicios de carácter esencial en el artículo 128.2, en el que, además, se expresa la posibilidad de reserva por el Estado, utilizando la palabra “*se podrá reservar*”, es decir, la CE permite una decisión independiente del poder público para reservar o liberalizar o privatizar los servicios esenciales. Esto es distinto a lo consagrado en la Constitución tailandesa, en que se pone por delante en el artículo 84 (1) la libertad de los particulares en

---

<sup>12</sup> En inglés, Section 84 “*The State shall pursue directive principles of State policies in relation to economy, as follows:*

(1) *To promote a free and fair economy based upon market force and encourage sustainable economic development through repealing and refraining from enacting business-controlling laws and regulations which do not correspond to the economic necessity, and not to engage in an enterprise which is, in essence, in competition with the private sector unless it is necessary for the purpose of maintaining national security, safeguarding public interests or providing public utilities;*”

la vida económica. Sin embargo, hay una lectura que permite restricciones, ya que en realidad el Estado puede restringir esa inicial libertad si fuese necesario en los tres casos mencionados. Esto significa que no es la decisión libre del Estado, sino que el Estado deberá intervenir cuando sea necesario. Además, hay que tener en cuenta que una de las excepciones previstas, *la prestación de servicios públicos*, es muy amplia para que el Estado no deje la economía dependiendo del sistema de mercado.

Antes de seguir adelante, es necesario precisar el concepto de “servicio público” del que hablan las Constituciones tailandesa y española. El significado y alcance del servicio público ha sido objeto de tratamiento interminable en Europa, sin que sea necesario dar cuenta de todo el debate que ha suscitado. En Tailandia la Constitución habla de servicio público dando por hecho que es un concepto que se entiende sin demasiada dificultad. El estudio del debate europeo y español pone de manifiesto que el servicio público tiene un significado complejo que puede verse desde muchas perspectivas.

En una perspectiva muy amplia, que no es la que vamos a emplear aquí, con el término servicio público se comprende toda la actividad pública; en una perspectiva estricta por servicio público se comprenden aquellas actividades que realiza un poder público y que consiste en realizar prestaciones a favor de los particulares.

De la perspectiva amplia se puede indicar que el Derecho administrativo no era un Derecho singular porque fuera el Derecho de una persona poderosa como expresión de su poder y de los privilegios que merecía, sino porque

era el Derecho relativo al servicio a los ciudadanos. Sus peculiaridades y privilegios no se debían a la importancia del poder o de la Administración pública, sino a la importancia de los ciudadanos que eran los destinatarios de la acción pública para satisfacer sus necesidades.

En cuanto a la perspectiva estricta debe destacarse que se refería a aquella actividad de la Administración o poder público ejecutivo consistente en prestar servicios a los ciudadanos. Así en la mayor parte de los países europeos por servicio público se ha venido entendiendo un tipo de actividad prestacional desarrollado por los Estados, generalmente en monopolio, que consiste en prestar servicios a los ciudadanos. Es decir, por una parte, la actividad se caracteriza por su contenido u objeto que consiste en realizar servicios en su sentido económico, lo que la diferenciaría de otras actividades, como la producción de bienes para vender o entregar en el mercado. Por otra parte la actividad se caracteriza por el sujeto que la realiza: la administración pública. Esa perspectiva subjetiva es la que hace que se hable de servicio público, en la medida en que se trata de una actividad servicial realizada por un poder público.

Esta perspectiva subjetiva deja en un segundo plano la circunstancia de que los poderes públicos realizan tales actividades prestacionales por razón de la importancia de la prestación en que consiste la concreta actividad: suministrar agua, energía, transporte, servicios postales, servicios sanitarios, etc. Los poderes públicos asumen en exclusiva tales actividades prestacionales en beneficio de los ciudadanos, por la importancia que tales actividades tienen para la vida colectiva que desaconsejan que el Estado se desentienda de ellas con la esperanza de que el juego de la competencia y

del mercado baste para satisfacer las necesidades de interés general que están presentes en tales actividades.

En esta segunda perspectiva estricta del término servicio público, que es la que debe retenerse aquí, ha existido una tendencia en todos los países europeos a considerar que las actividades prestacionales más relevantes o de interés público corresponden necesariamente al Estado que es el titular de las mismas con exclusión de particulares y empresas. Los poderes públicos como titulares de la actividad, podían luego prestar materialmente los servicios correspondientes (abastecimiento de aguas, transporte de personas o de correspondencia, suministro de energía, etc.) directamente o a través de una persona o empresa privada (concesionario) pero reteniendo todos los poderes como titular de la actividad.

Frente a esa tendencia la Unión europea desde el principio, como puede verse en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante: TFUE), ha querido apartarse de esa concepción subjetiva del concepto de servicio público, hablando de “servicios de interés económico general” en lugar de “servicios públicos”. En su comunicación de 26 de septiembre de 1996 sobre *Los servicios de interés general en Europa*<sup>13</sup> quiso destacar el abandono de dicha concepción que denomina como subjetiva del concepto de servicio público, hablando en su lugar de los “servicios de interés económico general” en el artículo 106 del TFUE para destacar que se trataba de actividades de servicios que más allá de su contenido económico tenían importancia social y política por la naturaleza de sus prestaciones de enorme relevancia social. Tal importancia podría explicar que su regulación

---

<sup>13</sup> Diario Oficial C 281 de 26 de septiembre de 1996.

presentara algunas particularidades. Sin embargo tales peculiaridades no suponían que la regla general no fuera la de que dichas actividades debían de prestarse en régimen de competencia y de mercado; y sólo de forma excepcional podrían prestarse en régimen de servicio público; es decir, por el Estado o con derechos exclusivos o especiales.

En cuanto al artículo 106.2 del TFUE lo expresa con claridad:

*Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.*

Como puede verse para la UE puede haber una “misión específica confiada” a las empresas que presten esos “servicios de interés económico general” que explique que tales servicios no se sometan a las normas generales del Tratado y de la competencia.

En todo caso si el concepto tradicional de “servicio público” subraya la dimensión subjetiva de ser un poder público el prestador de la actividad, no por ello prescinde de la dimensión objetiva de tratarse de servicios de importancia esencial para la vida social. Precisamente la razón por la que los poderes públicos habían venido asumiendo en Europa la prestación de tales servicios ha sido porque consideraron que los mismos no podían

depender de si había iniciativa privada o no; tampoco podían depender de si el suministro de agua, por ejemplo, lo hacían empresas privadas en las zonas rentables para prestarlo, pero se olvidaban de las zonas no rentables. Para los poderes públicos determinados servicios esenciales o muy importantes debían de ser asumidos por el Estado (o por los poderes públicos regionales o locales) en condiciones de monopolio por entender que sólo en esas condiciones era posible garantizar un acceso de todos en condiciones de igualdad.

La Unión Europea no discutía que podía ser necesario que el Estado acabara asumiendo tales servicios en condiciones de monopolio, pero pretendía que la regla general fuera la prestación en condiciones de competencia y la excepción en condiciones de servicio público.

Para ello prescinde de la noción subjetiva de servicio público que entiende que vincula esas actividades con su prestación por el Estado o los poderes públicos y prefiere un término como el de “servicios de interés económico general” que destaca que en determinados servicios hay intereses que van más allá de los habituales en una actividad económica, pero que no prejuzga si se han de prestar por el Estado. Al contrario quiere destacar que también esos servicios de interés general se prestan en régimen de mercado y competencia, aunque admite que excepcionalmente podrían prestarse por los poderes públicos si con la prestación en competencia no se garantizan los intereses generales que en ellos están presentes (la “*misión específica confiada*” del artículo 106 del TFUE).

Entre los servicios de interés económico general y los servicios públicos hay una zona común que consiste en que se trata en ambos casos de actividades en las que, al margen de su aspecto económico, existen intereses generales que a veces son de carácter esencial.

Pero hay una diferencia: que bajo el término servicio público hay una especie de vinculación necesaria entre la actividad prestacional de tales servicios de interés general y su prestación por los poderes públicos (por sí o por concesionario), en tanto que en los servicios de interés económico general, aun reconociendo la presencia de intereses generales que van más allá de los simplemente económicos, la regla es su prestación en régimen de competencia, aunque por excepción se pueda llegar a admitir su prestación por el Estado o con derechos especiales o exclusivos.

En Tailandia como se ha visto el artículo 84.1 reconoce la categoría de los servicios públicos, pero no la describe, probablemente porque da por supuesto qué debe entenderse por servicio público. En efecto en Tailandia se conoce el concepto de servicio público que viene a coincidir bastante con el que han tenido los distintos países europeos. Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia han desarrollado un debate tan amplio como el que ha existido y existe en Europa. En todo caso la Constitución tailandesa parece estar más cercana a la concepción del TFUE, aunque no emplee sus términos y, desde luego, no impide la existencia de servicios públicos en el sentido subjetivo ni la imposición de obligaciones de servicio público, aunque sea algo imprecisa en el alcance de sus términos.



En todo caso debe destacarse que existen actividades de servicios que al margen de cómo acaben prestándose (en régimen de competencia o en régimen de servicio público) tienen una importancia para la sociedad que va más allá de su significado económico. Tales actividades son las que en Europa se denominan servicios de interés económico general. Con tal nombre se evita predeterminar si se prestan en régimen de servicio público o en régimen de mercado; simplemente se destaca que tienen una importancia que va más allá de lo puramente económico.

Según lo dicho más arriba hasta aquí, está claro decir que la finalidad de la Constitución tailandesa pretendería solamente que la prestación de servicios públicos no siempre dependiese de los mecanismos de mercado, debido a su importancia o la desconfianza en que los servicios públicos prestados por los particulares puedan afectar, entre otras cosas, a la igualdad de los tailandeses o acaban constituyendo un monopolio natural. Por lo tanto, en este caso, podrían privatizarse o liberalizarse los servicios públicos, pero el Estado necesitaría interferir en el sistema de mercado para garantizar que la prestación de servicios públicos fuera efectiva y garantizar la igualdad o condiciones de competencia efectiva que eviten la creación de monopolios. Así pues, puede afirmarse que la privatización y liberalización de los servicios públicos no están restringidas por la Constitución de Tailandia.

Como hemos apuntado en los párrafos anteriores, la CE expresa la igualdad como valor superior del ordenamiento y consagra dicha igualdad en el artículo 14, estableciéndola de modo explícito y formal. Además, la CE también configura el mandato de igualdad de carácter material o real, en

virtud del artículo 9.2. En comparación con tal idea en Tailandia, se puede decir que hay la lectura de la garantía de la igualdad solamente de carácter formal, en el artículo 30 de la Constitución tailandesa<sup>14</sup>, pero no se dedica ninguna cláusula a la igualdad de carácter material. Sin embargo, la falta de una expresa mención a la igualdad material no significa que determine la inexistencia de igualdad real en general en Tailandia como función del Estado, ni en relación al aspecto económico, porque si bien no se recoge explícitamente en la Constitución de Tailandia tal función, se puede deducir que existe implícita una función estatal, que es la intervención pública establecida en el artículo 84 (1) de la Constitución de Tailandia. La Norma constitucional de Tailandia no fija la función de promoción de la igualdad, pero determina la función económica del intervencionismo del Estado si sea necesaria. Por lo tanto, aunque tal norma no fija ni los motivos ni el alcance de la intervención, una posible medida o garantía como la consagrada en el artículo 9.2 de la CE supondría uno de los instrumentos más eficientes para que el Estado tailandés lo pudiera utilizar, adoptar y aplicar como herramienta de la intervención para controlar la prestación de los servicios públicos privatizados. Según ello, lo que tendríamos que perfeccionar es garantizar a los tailandeses que tras la privatización o liberalización, los prestadores particulares obligatoriamente respetasen el principio de igualdad de todos los ciudadanos. Esto significa que el servicio de interés económico general en terminología europea prestado por un particular debería garantizar que todos los tailandeses, estén en zonas rentables o en

---

<sup>14</sup>El artículo 30 de la Constitución de Tailandia establece que:

1. *Todas las personas son iguales ante la ley y gozarán de igual protección bajo la ley.*
2. *Los hombres y mujeres gozarán de igualdad de derechos.*
3. *Queda prohibida toda discriminación injusta contra una persona por motivos de la diferencia de origen, raza, idioma, sexo, edad, condición de salud, circunstancia personal, situación económica o social, religión, educación u opiniones políticas constitucionales.*

zonas rurales o no rentables, pudieran obtener el servicio de igual modo sin ninguna discriminación geográfica, con un coste asequible. Además, en cuanto a los servicios que no son servicios públicos, normalmente, el Estado tailandés tiene que dar a los particulares plena libertad en la participación económica, cumpliendo con la regla establecida en el artículo 84 (1) de la Constitución de Tailandia. Sin embargo, el Estado también podría intervenir a través de la fijación de obligaciones de respetar la igualdad en los servicios prestados por los particulares si su intervención tuviera por objeto salvaguardar los intereses generales, de acuerdo con la segunda excepción establecida en tal artículo de la Constitución tailandesa. Por lo tanto, para que sea más eficiente, en la práctica, el respeto de los derechos de los tailandeses, cuando el Estado tailandés quiera trasladar la prestación de servicios a los particulares, tendría que fijar de manera clara su obligación de respetar la igualdad. Para ello, por ejemplo, se podría fijar en un contrato una cláusula que estableciera las obligaciones de respeto de la igualdad de los ciudadanos. De esta forma estaría obligado para que el prestador privado aceptase, respetase y cumpliera dicha cláusula, pues si no, no podrían tener la oportunidad de participar en el procedimiento de privatización.

## **II Delimitación y precisión terminológica**

Antes de hablar de las nociones terminológicas, debería expresarse un punto de vista sobre la concepción privatizadora. La privatización es una herramienta que cada país la aplica para resolver determinados problemas. Su consecuencia tiene pros y contras. Por ello, se comienza esta parte con el

examen y análisis de las ventajas y desventajas de la concepción de las privatizaciones.

En cuanto a las ventajas, es evidente que, en primer lugar, el Estado consigue un fuerte aumento en su disponibilidad de recursos por la venta de sus empresas. Se crea más riqueza y se incrementa el dinero público para gastar en otra finalidad. La cantidad obtenida por la venta puede reducir el déficit público. Es la eliminación de los déficits operativos (subvenciones) que se gastan las empresas públicas una de las razones para su privatización, dado que, además, una vez privatizadas, se podrán cobrar los beneficios en forma de impuestos. Además, la transferencia de titularidad de pública a privada como consecuencia del procedimiento privatizador sería positiva para la innovación que podría satisfacer las necesidades del mercado. La gestión por parte de los particulares podría llevarse a cabo con mayor profesionalidad y flexibilidad y responder más cómodamente a la necesidad de los consumidores porque uno sería prestador y otro consumidor, pero ambos sujetos son privados. En cambio, la privatización supone algunas desventajas. En cuanto a la transferencia de las empresas públicas rentables, aunque el Estado consigue el aumento de recursos por la venta de estos activos, el dinero que percibe se agota pronto debido a que los ingresos recibidos no son repetitivos como antes cuando la empresa era del Estado, los beneficios que se obtengan sólo serán en forma de impuestos en lugar de ganancias. Además, la privatización puede resultar negativa en cuanto a la empresa privatizada no actué en un mercado con competencia real, es decir, es posible que una empresa fije el precio utilizando su poder de mercado, por lo tanto, el precio no viene fijado por la oferta y la demanda, como en el mercado competitivo.

Sin embargo, aunque existen muchos inconvenientes en la privatización, no podemos evitar la tendencia de la privatización en el mundo actual. Por eso, sería mejor ver y comprender dicha concepción con más profundidad para tratar de impedir el resultado negativo de privatización. En la parte que sigue, nos dedicaremos a hablar de las terminologías relacionadas, privatización, liberalización y desregulación para aclarar más dichas concepciones desde el principio:

## **II.1 Concepto de privatización**

En España, varios autores e instituciones expresan sus ideas sobre este término. En primer lugar, el Diccionario de la Real Academia Española define la privatización como <<la transferencia de una empresa o actividad pública al sector privado>>. La profesora María Nieves de la Serna Bilbao añade que la privatización, en sentido amplio, es un fenómeno comprensivo de todas aquellas acciones de los poderes públicos que buscan, fundamentalmente, reducir el papel de éstos en la economía mediante el traspaso de funciones y actividades públicas al sector privado. Igualmente, se incluye dentro de este concepto el desarrollo de las actividades públicas bajo formas organizativas y régimen jurídico privado<sup>15</sup>.

En palabras de José Luis Martínez López-Muñiz, puede hablarse del término privatización en sentido muy vago y genérico para referirse a cualquier cambio o procedimiento que conduzca a poner en manos privadas, actividades u organizaciones -empresas- antes en manos

---

<sup>15</sup> NIEVES DE LAS SERNA BILBAO, María. *La privatización en España Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Navarra: Aranzadi, 1995. pp. 36 - 37.

públicas<sup>16</sup>. Debe advertirse, sin embargo, que es un término a veces utilizado para referirse a la aplicación de normas de Derecho privado a actuaciones de entidades u organismos públicos que venían sujetándose a normas de Derecho público, incluidos los procedimientos de trasvase de actuaciones de los poderes públicos a organizaciones creadas y controladas por ellos que adoptan formas de personificación y/o actuación de Derecho privado.

Por su parte, un profesor español, Gaspar Ariño Ortiz, se refiere que hay que considerar el significado de las privatizaciones desde tres ámbitos:

a. Significado Político

Es decir, la privatización, en el ámbito político, puede tener un doble significado. En primer lugar, hay privatizaciones que se insertan en un procedimiento de cambio de sociedad y de modelo de Estado, fruto de un cambio profundo de política. Responden a un nuevo enfoque filosófico político de cómo debe ordenarse la vida social y, por lo tanto, son un instrumento más dentro de una tarea revisora de los fines del Estado, para la consecución de una sociedad más libre y más eficaz. En segundo término, hay privatizaciones que tienen un significado diferente y se constituyen como un mecanismo técnico para conseguir dinero y obtener mayor eficiencia en la producción y prestación de bienes y servicios, que tienden a la consecución de una mejora en la estructura industrial de un país, guiadas por una finalidad puramente pragmática, sin llevar a cabo mayores

---

<sup>16</sup> MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis. Nuevo sistema conceptual. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Edi.). *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: BOE, 1999. p.135.

planteamientos significativos de alternancia o de orientación política. A este segundo modelo responde, como es obvio, el caso de Francia o Italia.

#### b. Perspectiva Jurídica

Desde un punto de vista jurídico, el fenómeno de privatización puede tener distintos significados así: por un lado, puede significar el traspaso o venta de propiedades y empresas del Estado a los particulares. Por otro lado, se alude a la utilización, por el Estado, de formas privadas en el modelo de gestión. Es el fenómeno conocido como “huida” del Derecho Público y asunción por el Estado de técnicas organizativas y funcionales propias del mundo jurídico-privado. La primera es manifestación del cambio histórico del Estado, y la segunda es una falsa privatización, que es una expansión de los fines y tareas del Estado, disfrazando a éste de persona privada y liberándolo de los procedimientos y garantías del derecho público.

#### c. Justificación económica

Es evidente que la razón fundamental en la que se apoyan las privatizaciones es la búsqueda de una mayor eficiencia en las empresas. Las privatizaciones pueden tener un impacto en la distribución de la riqueza, cambiando la estructura de la economía, reduciendo las distorsiones económicas provocadas por las interferencias políticas en el sector público empresarial. Es decir, se conduce por el mecanismo del mercado no por cualquier imposición del Estado.

Por otro lado y en relación con las razones financieras, las privatizaciones permiten también reducir el déficit público y contener, al menos, los gastos que la empresa pública genera. Con los ingresos obtenidos por la venta total o parcial de las empresas públicas, los Estados pueden amortizar parte de su deuda, reducir el pago de los intereses que ésta genera, y disminuir la presión fiscal a los contribuyentes durante algún tiempo --es lo que está ocurriendo en esta época en países europeos como Italia, España--.

En definitiva, para Ariño Ortiz, la verdadera razón es que la privatización puede mejorar la eficiencia de las empresas, reducir la carga que éstas suponen, antes o después, para el Estado y contribuir a un mayor dinamismo de la economía nacional. Esto es algo empíricamente demostrado cuando se trata de empresas que actúan en sectores competitivos<sup>17</sup>. Me parece más interesante dicha razón de Ariño que no es sólo la transferencia de titularidad pública a privada, sino que la

---

<sup>17</sup> Véase ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Edi.). *Privatización y Liberalización de servicios*. Madrid: BOE. pp. 26 y ss.

Además de esta definición de los pensadores, cada país tiene su mirada a este término distinto. Los Estados han utilizado diversos conceptos para definir la privatización. En Venezuela, una publicación dice: "Es la venta de los bienes del gobierno a entes privados o de servicios públicos por parte de las compañías privadas...". Lo que implica todo un programa, ya que la secuencia ha sido desde la transferencia de infraestructuras al dominio de los servicios.

En Chile se ha dicho: "Es un programa que reasigna activos de sectores públicos a sectores privados, con la esperanza de que se le dé un uso más eficiente que eleve el nivel del producto en la economía". En Argentina se la concibe como medida "para darle aire al gobierno" y "salida de las crisis financieras que opera el rescate". En Brasil prevalece esta definición: "La principal razón de la privatización es buscar un Estado más eficiente menos intervencionista y menos centralizador, a fin de adaptar el país a las realidades económicas". Y en cuanto a Perú se elevan a mayor abstracción "Hasta hace unos años se pensaba que la privatización era simplemente una moda, pero existe una razón: la crisis fiscal por la que muchos de estos países han atravesado, y otra, la globalización del pensamiento económico y de las ideas. La privatización favorece una nueva visión". {DE VAL, Maura. *La privatización en América Latina ¿Reconquista financiera y economía de España?* Madrid: Popular, 2001. pp. 19-20.}



privatización sirve para mejorar la efectividad de la empresa, es decir, la reestructuración de la gestión de la empresa con más eficacia cuando están en manos privadas.

### **II.1.1 Privatización formal y privatización material**

Además de lo mencionado arriba, también se pueden clasificar la privatización en dos tipos: uno es la privatización formal, y otro es la privatización material. Según la clasificación propuesta por la profesora María Nieves de la Serna Bilbao, en el primer sentido, se puede definir la privatización como la utilización instrumental por parte de los poderes públicos del sistema normativo jurídico privado para el desarrollo de su actividad sin que, en ningún caso, se produzca un cambio de titularidad. En este caso, la vinculación de la Administración con el sector privado surge cuando se aplica el Ordenamiento Jurídico privado o, más concretamente, cuando se utiliza aquel sector del Ordenamiento Jurídico por los poderes públicos<sup>18</sup>. En el segundo sentido, la privatización puede ser definida como el cambio de titularidad de actividades de contenido económico desarrolladas por los poderes públicos a verdaderos sujetos de carácter privado no dependientes de los poderes públicos, que sean personas físicas o jurídicas<sup>19</sup>.

Del mismo modo, respecto de esta clasificación, la obra de Rodríguez-Arana ha citado la opinión del profesor Hamer que ha explicado que: en primer

---

<sup>18</sup> NIEVES DE LAS SERNA BILBAO, María. *La privatización en España: Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Ob.cit. p. 68.

<sup>19</sup> Ídem. pp.80-81.

lugar, en cuanto a la privatización formal, la entidad pública se sirve sólo de formas legales o financieras privadas para una tarea o un servicio, pero conserva el poder de disposición real sobre la función. El subtema de la privatización formal, se puede separar en dos: uno es la privatización económico-financiera, donde sólo se traspasa al sector privado la financiación de una tarea pública, utilizándose, por ejemplo, capital privado para proyectos de inversión pública o para ámbitos de servicios, como en el caso de la construcción de escuelas, por ejemplo; y otro es la privatización legal, donde el Estado sigue siendo titular económico de la entidad y debe, por tanto, asumir los déficits.

En segundo lugar, siguiendo la postura del profesor Hamer, en cuanto a la privatización material, supone el traslado del contenido de una tarea o servicio público al sector privado. Se puede producir de dos maneras: en atención a si el Estado sigue conservando la responsabilidad de la tarea o servicio de que se trate, o si transfiere dicha responsabilidad a la Empresa privada. En este sentido:

- a. Privatización organizativa. La entidad pública asume la responsabilidad del cumplimiento de la tarea, pero la realiza la Empresa privada. A su vez, dentro de esta categoría, caben dos variantes. A saber:
  - a) En la forma de sumisión, el Estado sigue siendo responsable del servicio, pero encomienda la tarea al sector privado como Empresa subsidiaria.
  - b) En el sistema de concesión, que se caracteriza por el principio del riesgo y ventura que asume el contratista, se entrega al sector privado la realización de la tarea y la responsabilidad financiera.

- b. Privatización funcional. En este caso, la Entidad pública también traspasa al sector privado la competencia de la tarea y solo es subsidiariamente responsable.<sup>20</sup>

### **II.1.2 Privatización total y privatización parcial**

La política de privatización de un gobierno en una situación podría significar la privatización de toda empresa pública o solo la privatización de algunas partes de las empresas públicas. Así podemos hablar de privatización total o parcial, respectivamente. Pues bien, las razones de que un gobierno decida una privatización total o parcial pueden decidir cuando las condiciones financieras son estables o buenas, los gobiernos suelen estar desinteresados en privatización o tienen incentivos sólo a una privatización parcial, en lugar de privatización total.

La privatización total, o también denominada como privatización auténtica o plena, según María Nieves de la Serna Bilbao<sup>21</sup>, se produce cuando se transfiere toda la empresa a la titularidad privada. En este tipo, los poderes públicos se desentienden de manera absoluta de su responsabilidad en la dirección y gestión de la actividad de que se trate y es asumido por los sujetos privados. En este punto es de afirmar que la privatización parcial ha sido más utilizada<sup>22</sup>. Esta forma presenta mejores posibilidades a la hora de buscar posibles compradores y de preservar, en determinados sectores,

---

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *La privatización de la Empresa pública*. Madrid: Montecorvo, 1991. pp. 84-85.

<sup>21</sup> NIEVES DE LA SERNA BILBAO, María. *La privatización en España: Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Ob. cit. pp. 81-82.

<sup>22</sup> Ídem. p. 84.

intereses de carácter general. Se habla de privatización parcial cuando la transferencia, por una parte, tiene por objeto una cantidad preestablecida de participaciones sin alcanzar el cien por cien del capital social de la empresa. Por otra parte, la privatización parcial podría producirse en otra forma, es decir, se puede hacer la privatización parcial en la modalidad de que se parten operaciones de una gran empresa pública y venderse al sector privado por razón de que una determinada operación resulte más eficiente en manos privadas. La forma de privatización parcial es la que con mayor frecuencia se ha dado en Tailandia.

Sin embargo, aunque la privatización parcial no señala el cambio radical en la estructura de control, implica una consecuencia financiera significativa dentro de las empresas privatizadas. Una investigación de Sanjeeve Gupta<sup>23</sup> muestra que, en India, el nivel del crecimiento de la rentabilidad mejoraba con la privatización parcial de modo más significativo que con la privatización total. Además por el problema de la ausencia o imperfección de mecanismos financieros suficientes como para acometer un procedimiento privatizador, muchos países asiáticos han desarrollado políticas de privatización parcial que permiten que el gobierno retenga una parte del capital en compañías estratégicas políticamente o muy rentables, las cuales, por lo tanto, son transformadas en la forma de *Joint-Ventures* o empresas de capital mixto<sup>24</sup>, *Public-Private Partnership (PPP)*, por ejemplo.

---

<sup>23</sup> GUPTA, Sanjeeve. Privatization, Labor, and Social Safety Nets. *Journal of Economic Surveys*. vol. 15 (December 2002). p.653.

<sup>24</sup> GUARNIDO RUEDA, Almudena y JAÉN GARCÍA, Manuel y AMATE FORTES, Ignacio. *La desregulación y Privatización de las empresas públicas. El caso de las telecomunicaciones en España*. Almería: Universidad de Almería, 2007. p. 110.

## II.2 Concepto de liberalización y desregulación

Si hablamos de las causas de la liberalización, según diversas lecturas que tratan el origen de la concepción de liberalización, tales causas pueden clasificarse en dos: una es la influencia política-económica, y otra es la adaptación a las nuevas exigencias de la técnica. En primer lugar, en cuanto a la política-económica, los primeros movimientos liberalizadores se iniciaron en Estados Unidos en los años setenta. Los dos Presidentes con marcada influencia en este concepto fueron el Presidente Jimmy Carter y Ronald Reagan. En la época del Presidente Carter, se inició el procedimiento en beneficio de los consumidores y, a continuación de su sucesor, el Presidente Reagan, abrazó a las políticas de libre mercado. En segundo lugar, en el caso de la adaptación a las nuevas exigencias de la técnica, la llegada de las nuevas tecnologías y de la informática ha roto la idea de monopolio público, es decir, eran razones de ampliación de servicios con mayor cantidad de dinero y nuevas tecnologías con complicaciones técnicas, por ejemplo, en telecomunicaciones, energías, informáticas. Se puede decir que era la tendencia de la globalización que influía en la estructura de la participación económica.

En el ámbito europeo, las primeras iniciativas se adoptan por la Primera Ministra británica *Margaret Thatcher* en los años ochenta, que impulsa decididamente una política de liberalización económica<sup>25</sup>. En la Comunidad

---

<sup>25</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. Constitución y modelo económico liberalizador. *Revista Cuadernos de Derecho Público*. N°9 (Enero-Abril 2000). p. 34.

Europea, las dificultades que impulsaron esta transformación, en aquel momento, se pueden reflejar en cuatro<sup>26</sup>:

- a. El establecimiento de monopolio legal,
- b. La reserva de las actividades totalmente o, al menos, en un porcentaje importante, a empresas públicas o de economía mixta,
- c. El sometimiento del ejercicio de la actividad a planificación y control público permanente, y,
- d. El control público de prestaciones y contraprestaciones, por ejemplo, la tarifa de precios, exigencia de universalidad del servicio e igualdad de trato.

El término liberalización, al que se ha hecho referencia en Tailandia de manera un poco confusa con la concepción de privatización, alude a la idea de la supresión o de liberar las trabas o impedimentos que pueden existir para el desarrollo de cualquier actividad económica. Cuando se mencionan trabas, se refiere a varios niveles de intervención pública, por ejemplo, el monopolio público, la prohibición por parte de los poderes públicos de desarrollar algún tipo de la actividad económica por los particulares, o bien cualquier dificultad a la libertad de inversión como la autorización de otorgamiento. Estas son todas intervenciones públicas que pueden ser consideradas como limitaciones al ejercicio de la actividad económica.

Si hablamos de las fases de la doctrina de la liberalización, según la idea de José María Souvirón<sup>27</sup>, se comienza con la eliminación de las restricciones, la

---

<sup>26</sup> VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. Regulación versus competencia. Funciones y disfunciones del actual modelo. En: Abogacía General del Estado: Dirección del Servicio Jurídico del Estado, *XXX Jornadas de Estudio, La Regulación de los Mercados: Telecomunicaciones, Energía y Valore*, 19, 20 y 21 de noviembre de 2008. Madrid: Ministerio de Justicia, 2009. p.54.

derogación de limitaciones y, se abre nuevo ámbito para la libre iniciativa. Si observamos en el aspecto jurídico, la restricción y limitación se muestran en forma de leyes o normas, por eso, se alude dicha eliminación y derogación como *la desregulación*. Dicha idea se corresponde con la opinión del profesor De la Quadra-Salcedo que ha clasificado el procedimiento de liberalización en dos fases<sup>28</sup>: la primera se hace a través de la desregulación, que es la supresión de las normas que dificultan o traban la libre actividad económica. La segunda fase pasa por hacer lo que se llama la *re-regulación* –es lo que algunos autores han llamado *la neorregulación*<sup>29</sup>-. Es decir, hay que dictar nuevas normas, estableciendo el modo en el que el Estado va a actuar como árbitro vigilante de la actividad económica, y promoviendo que en un

---

<sup>27</sup> SOUVIRON, José María. La Privatización del Sector Público Empresarial del Estado en España (1996-2002): Aspectos Jurídicos. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Dir.). *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003): Resúmenes Ejecutivos*. Granada: Comares, 2004. p.2.

<sup>28</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. Constitución y modelo económico liberalizador. Ob. cit. pp. 32-33.

<sup>29</sup> VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. Regulación versus competencia. Funciones y disfunciones del actual modelo. En: Abogacía General del Estado: Dirección del Servicio Jurídico del Estado. XXX Jornadas de Estudio, *La Regulación de los Mercados: Telecomunicaciones, Energía y Valore*, 19, 20 y 21 de noviembre de 2008. Ob.cit. p.55.

Además, según el Profesor José Luis Martínez López-Muñiz, la desregulación es también usada con alguna ambigüedad. Debería reservarse para aludir simplemente a las actuaciones o procesos de eliminación o reducción de regulaciones jurídicas imperativas por parte de los Poderes públicos. Y, desde luego, hay que señalar que en muchos procesos de privatización no hay, propiamente hablando, desregulación o solo la hay de modo parcial. Sí puede que haya un cambio en la regulación, y cabría hablar en tal sentido de *neorregulación* o de *rerregulación*. No cabe duda, no obstante, que aplicando al régimen de servicio público un cierto tipo de regulación –aunque enraizada en la asunción de su titularidad por una Administración pública–, no hay verdadera razón para no poder hablar en tales casos, efectivamente, de nueva regulación o de *neorregulación*, en cuanto término que goza de una cierta densidad significativa nueva. Y ello aunque en afecto, en un sentido más estricto, deban diferenciarse los servicios públicos o estén simplemente regulados, cualquiera que sea la intensidad de esa regulación.<sup>29</sup> Se puede añadir que desregular, o desreglamentar, no implica eliminar absolutamente toda reglamentación. Se trata más bien, y como señala Jacquilliat, <<de poner en acción un método de evaluación que impida toda marcha a la deriva que lleve a efectos negativos o que cause efectos nocivos por falta de un estudio>>. {véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. Nuevo sistema conceptual. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Edi.). *Privatización y liberalización de servicios*. Ob. cit. p.137.}

ámbito en el que hubiese antes un monopolio haya ahora libre competencia. Sin embargo, una condición esencial de dichas fases sería que las reglas que se desregulan y se re-regulan no van dirigidas a hacer de los poderes públicos los protagonistas de la actividad económica, es decir, el papel de los poderes públicos no es el de prestar servicios, sino el de fomentar la competencia y la pluralidad de operadores económicos.

Lo dicho más arriba pone de manifiesto la relación entre la concepción de liberalización y desregulación, es decir, la desregulación es una fase de liberalización pero no es la misma concepción. En cuanto al concepto de desregulación, se refiere a un modo de intervención pública sobre sectores económicos, consistiendo esencialmente en disminuir la intervención pública en normas jurídicas. Se puede hacer dicha disminución a través de la derogación de normas que obstaculizan la libre actividad económica.

La explicación de dicho término es bastante parecida entre los autores. Destacaría una idea interesante de la profesora María Nieves de la Serna Bilbao que ha escrito que la desregulación es un fenómeno específico como “la antítesis de la reglamentación”, como el conjunto de medidas que tienen por objeto la disminución no sólo del volumen sino también de la importancia de las normas jurídicas en una determinada actividad<sup>30</sup>. Esto significa que la disminución de reglas, a través del término desregulación, debe ser tanto cuantitativa como cualitativa.

---

<sup>30</sup> Véase NIEVES DE LA SERNA BILBAO, María. *La privatización en España: Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Ob. cit. pp.39 y ss.



En definitiva, la liberalización y desregulación sustancialmente vienen a expresar lo mismo, porque hace falta que el procedimiento de liberalización tenga que desregular las normas restrictivas que sean obstáculos de la competencia justa. Sin embargo aunque expresan lo mismo, probablemente resulta más claro el término liberalización. Aunque la desregulación puede llevar a cabo la disminución o supresión de las trabas obstaculizadoras, no puede por sí sola alcanzar el fin de que la actividad pública pueda pasar a ser de libre competencia. Se requiere otro instrumento jurídico que se pueda aplicar efectivamente. Por eso, después de desregularse, si es necesario reglamentar otras normas mucho más que antes, el Estado, como árbitro, sin duda, debería hacerlo para conseguir la consecuencia efectiva de esta transformación.

En cuanto a la doctrina liberalizadora, la noción puede resultar incompleta si no se menciona un problema actual en la sociedad española, el costoso precio de algún servicio ya liberalizado. Aunque existe la supresión de las trabas o dificultades, la eliminación del monopolio público o la reducción del papel estatal como el protagonista en la actividad económica, a mi juicio, la liberalización, en el sentido tangible, tiene que llevar a cabo la prestación del servicio liberalizado con calidad. Cuando se habla de dicha eficacia en el ámbito económico, en mi opinión, el servicio debería constar de tres elementos esenciales: más calidad, precio asequible y acceso a todas las personas sin desigualdad territorial. En cuanto al precio, es innegable que todo el mundo quiera adquirir tanto productos como servicios a partir de un precio bajo, pero en la vida real, les cuesta encontrar calidad con precio bajo. Por eso, lo que resulta más interesante sobre el precio del

servicio después de liberalizarse sería el precio asequible en comparación con otro lugar, otro país.

En España, aunque la concepción liberalizadora ha llevado al éxito en numerosos tipos de negocios, aun queda un punto controvertido que está discutiéndose en la sociedad española, sobre el precio del servicio de internet. Según un reciente informe en el año 2012, publicado de manera muy amplia en la prensa española, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos: OCDE<sup>31</sup>, se afirmó que el servicio de internet en España es más costoso y bastante más lento si se lo compara con la gran mayoría de países industrializados. La velocidad media de las máximas velocidades ofrecidas por las grandes operadoras de Telecom en Europa es casi tres veces más que lo oferta Telefónica (en Francia o Suecia 10 veces más), que domina el 56% del mercado español. Además, la penetración de la banda ancha en España es de solo el 18% cuando la media de internet rápido en la Unión Europea de los 15 países miembros antiguos es alrededor del 25%.

Es innegable que Internet es una parte esencial de la comunicación actual, es lo que algunos han llamado *una necesidad básica de la vida cotidiana*. Sin embargo, aunque formalmente este tipo de servicio ya se acepta como un *servicio universal* –detalladamente explicaré este término más adelante en el Capítulo segundo – según el alcance del artículo 22.1 de la Ley 32/2003, de

---

<sup>31</sup> La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos: OCDE es una organización de cooperación internacional, con miembros por 34 países. El objetivo principal es coordinar sus políticas económicas y sociales entre los Estados miembros. La página web: [http://www.oecd.org/document/17/0,3343,en\\_2649\\_201185\\_38876369\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/17/0,3343,en_2649_201185_38876369_1_1_1_1,00.html). Consulta efectuada en fecha 10/08/2012.

3 de noviembre, General de Telecomunicaciones: LGTel, modificada por el Real Decreto-ley 13/2012<sup>32</sup>, de 30 de marzo,<sup>33</sup> una solución de dicha dificultad sería el papel del Estado --en este caso del Ministerio de Industria, Energía y Turismo<sup>34</sup>-- como árbitro vigilante para fijar las medidas necesarias o nuevas regulaciones para que la situación no sea así.

### II.3 Empresas públicas

Para considerar el término “empresa pública”<sup>35</sup>, se necesita saber su origen. Ya se ha dicho que la Gran Depresión de 1929 resultó ser el impulso a la

---

<sup>32</sup> Con fecha 31 de marzo de 2012 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado: BOE) el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen Directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista (el Real Decreto ley 13/2012).

<sup>33</sup> El "servicio universal" está definido en el artículo 3, punto Dieciséis del Real Decreto-ley 13/2012, que modifica el apartado 1 del artículo 22 de la LGTel. Este Real Decreto-ley, además, ha modificado el artículo 22.1 con el objeto de incluir, como elemento del servicio universal, el acceso funcional a Internet que permita a los usuarios comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1Mbit por segundo. Además, en cuanto a precios, dicho Decreto también añade un nuevo párrafo al artículo 22.1 de la LGTel el que permite al Ministerio de Industria, Energía y Turismo supervisar la evolución y el nivel de la tarificación al público de los elementos que forman parte del servicio universal, en particular en relación con los niveles nacionales de precios al consumo y de rentas.

<sup>34</sup> Como se añade su cometido en el nuevo artículo 22.1 de la LGTel.

<sup>35</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1978, efectúa una aproximación conceptual de la empresa pública que; en cuanto actividad económica, la empresa tendrá la calificación de pública cuando haya sido creada o en ella participe la Administración asumiendo riesgo o la dirección de modo pleno o relativo, de acuerdo con la forma que adopte, para la realización económica que como fin esencial motivó su existencia (...) Porque la unidad de la Administración se comunica en cierta medida al conjunto de Empresas Públicas desde el momento en que es aquellas quien la fiscaliza y decide por y sobre tales empresas, con la relevancia inequívoca de una unidad jurídica en el conjunto de las empresas públicas por muy variadas que puedan ser sus especies, así como los bienes y derechos que las constituyan aun cuando algunas veces las normas a que se sometan sean de Derecho Administrativo o de Derecho Privado, en cuanto a la forma que discipline tales empresas, porque lo trascendente es la organización montada para desarrollar una actividad económica que entra en los fines previstos por el Estado, lo que

iniciativa pública en la actividad económica, provocando la creación de empresas públicas. Una de las fundamentaciones teóricas de la necesidad de la intervención estatal en la economía fue aportada por Keynes. Para él, el argumento básico es que una economía capitalista puede mantenerse en un estado de desequilibrio económico. El Estado puede y debe intervenir a través de la política económica para modificar los desajustes, o directamente para extender la capacidad productiva. La empresa pública se sitúa así como elemento o instrumento del Estado para la labor intervencionista.

En cuanto al término “empresa pública”, cada país tiene su propia definición dependiendo de su sistema jurídico y político propio. En España, Antonio Troncoso Reigada opina que no existe una normativa general en España que estructure esta figura, ni un consenso sobre una noción universal de la misma. Tradicionalmente, la doctrina administrativa ha calificado como empresas públicas a aquellos entes cuyo objeto material es llevar a cabo, por razones de interés público, una actividad de producción industrial de bienes y servicios de la Administración, sin la existencia de poder de *imperium erga omnes*<sup>36</sup>.

Además, Álvaro Cuervo García<sup>37</sup> define la empresa pública como toda organización o institución que: por un lado, es propiedad de las Administraciones Públicas o está bajo el control de las mismas; lo que

---

permite la compatibilización de los términos de empresa pública y servicios públicos económicos, como no necesariamente coincidentes, sin que ello sea óbice para que las empresas públicas puedan prestar o no sólo servicios públicos, sino también servicios de interés públicos.

<sup>36</sup> TRONCOSO REIGADA, Antonio. *Privatización, empresa pública y Constitución*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p.37.

<sup>37</sup> CUERVO GARCÍA, Álvaro. *La Privatización de La Empresa Pública*. Madrid: Encuentro y Álvaro Cuervo, 1997. pp.13-14.

presupone el derecho a designar a la alta dirección y a tomar decisiones relevantes para la marcha de la empresa. Y por otro lado, es una empresa creada, en algunos casos, para el logro de un conjunto de objetivos que se dicen públicos, lo que la hace someterse a un sistema de responsabilidades y controles públicos, pero además, como empresa que actúa en el mercado, debe buscar maximizar el beneficio y/o minimizar sus costes.

Por su parte, en Tailandia, el concepto de empresa pública se define en una normativa llamada *Ley del procedimiento presupuestario del Estado B.E 2502 (1959)* así “*empresa pública es una organización del Gobierno en que el Estado o sector público detenta sus acciones en más de un cincuenta por ciento*”. Es decir, en cualquier sector público, si el Estado tiene más del cincuenta por ciento de las acciones de una empresa, ésta es pública.

### **III Concepto de privatización en Tailandia y su problema actual**

En cuanto a la consideración de la terminología privatizadora en Tailandia, varios autores tailandeses la explicaron, por ejemplo, Theeraphan Viphaveekul que ha considerado que la privatización es un cambio del papel desempeñado por los poderes públicos a través del modo de

liberalización o desregulación<sup>38</sup>. Además, Pipat Thaiaree ha dicho que la privatización se realiza en dos formas<sup>39</sup>:

- a. Se privatiza por la transferencia de los bienes o las tareas a los particulares. Este tipo de privatización puede darse de modo permanente o provisional.
- b. Se privatiza por la desregulación y la liberalización para disminuir el monopolio público. Este modo puede crear competencia efectiva en el mercado.

Según dichas explicaciones, se puede decir que en Tailandia se confunden las tres concepciones, privatización, liberalización, desregulación, sobre todo entre la idea privatizadora y liberalizadora. Y se comprende que la liberalización y desregulación son fases obligatorias de privatización. Por ello, según las referencias terminológicas citadas anteriormente, sería interesante considerar acerca de la distinción entre ellas en este momento.

Según el análisis realizado previamente, está claro que la desregulación no es una fase obligatoria de la privatización, al contrario es una fase elemental de la liberalización. Es decir, como ya hemos señalado, la desregulación es una fase fundamental del procedimiento liberalizador para suprimir las normas restrictivas, como fase inicial, que sean obstáculos de la competición justa. Sin embargo, la liberalización tiene un fin más amplio que el de la desregulación, porque se aplica otro procedimiento más, por ejemplo, el de re-regulación.

---

<sup>38</sup> VIPHAVEEKUL, Theeraphan. "La privatización: un estudio de la Empresa Aérea Tailandesa (Thai Airways)". Director: Direck Jayanama. Universidad de Thammasat, Departamento de Posgrado, 2534 (1991). p. 7.

<sup>39</sup> THAIAREE, Pipat. *El principio de la privatización de las empresas públicas en Tailandia*. Bangkok: Universidad de Chulalongkorn, 2531 (1988). p. 81.

En cuanto al procedimiento de privatización, está claro que la finalidad del procedimiento de privatización es el cambio de titularidad de público a privado. La desregulación no es una fase obligatoria en el procedimiento de privatización porque generalmente la decisión de privatización de una empresa pública es la decisión libre de los poderes públicos, por ejemplo, en España esta idea se refiere en la antigua Sentencia del Tribunal Constitucional español, número 12/1982<sup>40</sup>, de 31 de marzo, donde se dice

---

<sup>40</sup> Además, en la Sentencia del Tribunal Constitucional español, número 12/1982, se expresa que el art. 1.2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, consagra el principio de que la radiodifusión y la radiotelevisión son «servicios públicos esenciales» cuya titularidad corresponde al Estado. La consideración de la televisión como un servicio público esencial, la fundamenta el legislador en la concepción que al respecto mantiene y que manifiesta paladinamente en el preámbulo de dicha Ley. Se dice allí que tanto la televisión como la radiodifusión son un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean efectivas. Todo ello permite afirmar que la configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador. A través de una interpretación objetiva de la Constitución, resultan corroboradas al utilizar los criterios de interpretación derivados del examen de los antecedentes y de los trabajos preparatorios del texto constitucional. El examen de esos antecedentes y textos demuestra que en nuestro Ordenamiento Jurídico se ha constitucionalizado el control parlamentario de la televisión pública estatal y que la llamada «televisión privada», en cuyo favor postula la sociedad Antena 3, S. A., no está necesariamente impuesta por el art. 20 de la Constitución. No es una derivación necesaria del art. 20, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política, que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una Ley orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el art. 20 (art. 81 de la C. E.) y siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo, como valores fundamentales del Estado, de acuerdo con el art. 1 de la Constitución sea como resultante de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio, ya que la preservación de la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado modo de producirse de los medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder, como al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión. Por ello, teniendo presente que el pluralismo político se encuentra erigido en uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho que la Constitución crea y organiza, podemos decir que para que los medios de comunicación se produzcan dentro del orden constitucional, tienen ellos mismos que

que la privatización del servicio público no está impuesta en la Constitución, sino que se trata de una decisión libre del legislador, es decir, es una decisión política de los legisladores a elegir privatizar. El alto Tribunal español ha dicho esto, porque en la realidad, no existe ninguna normativa de prohibición, –excepto la que se ha mencionado respecto del artículo 128.2 de la CE– por eso, no hay ningún obstáculo que impida la privatización, ni en reglas, ni en normativas, por lo que la supresión de dicha normativa o regla tampoco es necesaria. Sin embargo, cuando el legislador elige privatizar alguna empresa estatal, es necesario dictar nuevas reglas –o bien necesaria re-regular o neorregular--, en vez de desregular. Para insistir en la corrección de dicha opinión, se alude la enseñanza de José María Souviron cuando afirma que no es obligatorio aplicar la desregulación en el proceso privatizador debido a que se pueda desregular sin privatizar y, viceversa, privatizar sin desregular<sup>41</sup>.

En el caso de la distinción entre privatización y liberalización, es preciso destacar que la liberalización es el medio por el que pasa de un mercado en el que hay un sólo suministrador a un mercado en el que hay varios suministradores que compiten entre sí, es decir, se pasa del monopolio a la competencia, mientras que en la privatización, la empresa que prestaba un servicio era pública se convierte en privada. Por eso, la consecuencia de privatización es el cambio de titularidad, mientras que en la liberalización no tiene nada que ver el cambio de la propiedad del que suministra el servicio.

---

preservar el pluralismo. Es decir que el constitucional perfilaba que la implantación, en este caso fue la privatización, no es una exigencia constitucional, sino una decisión política.

<sup>41</sup> SOUVIRON, José María. La Privatización del Sector Público Empresarial del Estado en España (1996-2002): Aspectos Jurídicos. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Dir.). *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003): Resúmenes Ejecutivos*. Ob. cit. p.2.



Antes de terminar este Capítulo, hay que enfatizar que los tres términos -privatización, desregulación y liberalización- son los que pueden mejorar la eficiencia y eliminar el monopolio en favor de la competencia. Sin embargo, hay un término que también tiene características parecidas a los términos analizados, se llama “despublificación”. El significado de tal término se refiere a la transferencia al sector privado de actividades o recursos reservados al Estado con anterioridad, produciéndose por tanto una supresión de monopolios consistente en la renuncia del Estado al control absoluto sobre un conjunto sectorial de funciones, es decir, es una transferencia de las *funciones públicas*<sup>42</sup> -o las *funciones públicas soberanas*- que anteriormente se encarga estrictamente al Estado, por ejemplo, la justicia, la protección de la seguridad pública.<sup>43</sup>

Uno de los países que privatiza la función estatal es Estados Unidos. Según Judith Greene, en su obra, *Prison Privatization: Recent Developments in the United States*, el concepto de privatización de las cárceles fue propuesto por

---

<sup>42</sup> Las funciones públicas son las responsabilidades del Estado a servir a sus ciudadanos como una garantía de los servicios públicos específicamente. Es un requisito necesario para que la actividad pueda ser considerada un servicio público, o para que los bienes ingresen al dominio público. Los particulares carecen de título para operar en el mismo ámbito o sector de actividad, salvo que se lo confiera expresamente la propia administración. Una actividad se convierte en servicio público, entonces, cuando los poderes públicos deciden asumirla para dar satisfacción a una necesidad de interés general que, sin esa intervención, sería insatisfecha o satisfecha insuficientemente.

<sup>43</sup> Además la profesora María Nieves de la Serna Bilbao dice sobre este término en su obra, citada en este trabajo muchas veces, *La privatización en España: Fundamentos constitucionales y comunitarios*, pp. 65-66, que <<existen áreas que son explotadas por los particulares ante la inmovilidad o letargo en el ejercicio de las competencias por parte de aquellos poderes. Estas actividades pueden pertenecer tanto a la propia Administración, según el artículo 103 de la Constitución Española, que se identifican, con el <<núcleo básico de responsabilidades del Estado>> como también, a las de contenido meramente económico ejercidas conforme al artículo 128.2 de la Constitución Española (...) es erróneo la utilización de aquel concepto para aludir a la privatización del <<núcleo básico de responsabilidades del Estado>>. Estas actividades públicas son inalienables y pertenecen a la esencia misma del Estado no siendo posible el traspaso de la competencia a los sujetos privados>>.

primera vez en la década de los 80. A mediados de esa década numerosas empresas quisieron tener el dominio de la prisión americana y sus facilidades, y, además, construyeron nuevas cárceles para atender a las necesidades de los Estados que tenían cifras extremas de presos en ambientes muy deteriorados. Se dio así un elevado nivel de preocupación por cuestiones relacionadas con el control de la seguridad en la prisión privatizada, y, además, con la legitimidad de la prisión gestionada por los particulares. Sin embargo, no tenía problema significativo respecto de sus rendimientos<sup>44</sup>.

Además de la privatización de las prisiones en Estados Unidos, se ha dicho mucho más respecto a la privatización de la justicia. Un profesor que era protagonista de esta idea fue Bruce L. Benson, profesor de Economía en la Universidad del Estado de Florida. Ha cuestionado sistemáticamente este planteamiento en su obra *The Enterprise of Law*, cuya versión española ha sido publicada con el título *Justicia Sin Estado*. La idea del estudio es el análisis de los estímulos que instituciones o circunstancias particulares ofrecen a las personas, quienes se adaptan a ellos para alcanzar sus propios fines. Benson ha sostenido que el origen del verdadero Derecho hay que buscarlo en la interacción social, basada en la voluntariedad en los intercambios, la reciprocidad en los actos y el respeto mutuo, lo que da lugar a un sistema de expectativas acerca de los comportamientos de los miembros de la sociedad. El mismo autor ha analizado las consecuencias del monopolio estatal sobre la justicia, utilización política de la legislación y la judicatura, falta de flexibilidad ante los cambios, falta de claridad en las

---

<sup>44</sup> En la actualidad, la Empresa privada encargada del cargo de la prisión es *the Corrections Corporation of America*, CCA, ubicada en un Grupo llamado *the GEO Group, Inc, and Community Education Centers*.

sentencias, multiplicación de los litigios. Se refiere a la operación del organismo policial, al ejercer el monopolio de la defensa ante las agresiones en régimen de bien público, siempre se enfrenta a un exceso de demanda de sus servicios, lo que posibilita la corrupción y la persecución selectiva de los delitos. Las causas hay que buscarlas en el sistema de incentivos a que se enfrentan los funcionarios de la justicia y del orden público. La policía tenderá a descuidar la prevención del crimen, actuando sólo cuando el delito ya ha tenido lugar, puesto que su prestigio y presupuesto dependen directamente del número de detenciones. Los fiscales tienden a negociar las sentencias para elevar su currículo de condenas, fuente de su prestigio. En general, los funcionarios de la justicia y del orden público tenderán a perseguir sus intereses personales o corporativos, en detrimento de los intereses de las víctimas de los delitos. Como consecuencia de ello, en muchas ocasiones el delincuente no recibe la sanción o el castigo que merece, por lo que la criminalidad se dispara<sup>45</sup>.

En suma, se puede decir que el traspaso de los deberes estatales en el ámbito americano es mucho más amplio de lo que se da en el Estado español y también en Tailandia, es decir, en Estados Unidos, no se refiere solamente a la transferencia de las empresas de carácter mercantil, por ejemplo, la privatización de electricidad, de energía, de telefonía, de correos, sino que es también el traspaso de funciones públicas del Estado, como la transferencia de cargos que tradicionalmente son los del Estado. Esta noción podría afectar a alguna teoría jurídica, por ejemplo, el Estado de Derecho, el

---

<sup>45</sup> Se explica en el estudio del profesor Bruce L. Benson, "Justicia sin Estado", por GÓMEZ RUIZ, Jesús. Privatizar la Justicia. La Ilustración Liberal, *Revista española y americana*. Nº 8 (abril 2008).

reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, que se analizará con mayor profundidad en el tercer Capítulo.

## CAPÍTULO II

### PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS: EXPERIENCIAS EN ESPAÑA

El fin de la Segunda Guerra Mundial fue el punto de partida de numerosas organizaciones internacionales que se constituyeron por razones económicas, políticas, militares. En este aspecto, el continente europeo no fue una excepción. El primer paso lo constituyó la creación de la Comunidad Europea, proceso iniciado, concretamente, por el Ministro de Asuntos Exteriores francés, Robert Schuman, el 9 de Mayo de 1950, quien propuso un plan, diseñado por Jean Monnet<sup>46</sup>, para integrar y gestionar en común la producción franco-alemana de carbón y acero. Poco después, los Ministros de Asuntos Exteriores de Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, denominados *los Seis*, se reunieron en 1955 en la Conferencia de Mesina, en Italia y, luego, el 25 de marzo de 1957, se firmaron oficialmente los Tratados de Roma por los que se creó la Comunidad Económica Europea -en adelante CEE- y la Comunidad

---

<sup>46</sup> Fue un hombre de negocios y banquero de inversiones francés que junto con Konrad Adenauer, Robert Schuman y Alcide De Gasperi eran considerados como "*Padres de Europa*".

Europea de la Energía Atómica -CEEa o EURATOM-. Tras dicho inicio, se sucedieron otros procesos de integración de numerosos Estados en este continente, entre ellos, España.

La participación de España se inició el 28 de julio de 1977, cuando el ex-Presidente del Gobierno, Adolfo Suárez González, solicitó la apertura de negociaciones para la adhesión de España a la CEE, iniciando un periodo de intensas negociaciones no exentas de dificultades. Después, formal y concretamente, España se integró a la CEE en 1986<sup>47</sup>.

Como consecuencia de la adhesión de España en 1986, la integración comunitaria ha favorecido el desarrollo económico español y su convergencia con la entonces Unión Europea -en adelante UE-. Dicha fusión ha supuesto una mayor apertura económica y una mayor competencia, fruto de la consecución de una unión aduanera, un mercado común y una unión económica y monetaria. Se puede decir que las políticas formadas en las Comunidades influyen en los Estados miembros, y concretamente en España de manera significativa.

Como se sabe la política de privatización es uno de los frutos indirectos de las medidas del ahorro presupuestario, consistiendo en diversas formas, por ejemplo, la reducción de déficit público o deuda pública. Dichas medidas, en la práctica, se pueden llevar a cabo a través de la venta de empresas públicas o a partir de la reducción de los gastos que importa la intervención pública en la economía. En el caso comunitario, dichas medidas son básicas y fundamentales para todos los Estados miembros. España, como un Estado miembro, también tiene que cumplirlas incondicionalmente. Por eso, puede

---

<sup>47</sup> Firmado el 12 de junio de 1985, para entrar en vigor el 1 de enero de 1986.

señalarse que la privatización de empresas públicas resulta relevante para llevar a cabo los objetivos económicos comunitarios.

Según lo dicho hasta aquí, se puede afirmar que la relación entre la UE, España y la política privatizadora es muy significativa. Por ello, este Capítulo, se enfocará en la influencia de la UE, histórica y jurídicamente, en las políticas privatizadoras de España, y el efecto de algunos aspectos extraídos del derecho comunitario europeo que se relacionan con la doctrina privatizadora española. Además, se expondrán los desarrollos prácticos de cada etapa en España respecto de las privatizaciones, que podrían reflejar el punto de partida y la visión hacia el futuro, y por fin, se dará luz sobre otros protagonistas relacionados con el procedimiento privatizador español.

## **I Unión Europea y su influencia en la privatización española**

Como hemos señalado en el Capítulo anterior, la privatización es la transferencia de titularidad de una empresa o actividad pública al sector privado. Dicha actuación se aplica de forma generalizada en todo el mundo. Las justificaciones para su aplicación varían en los distintos casos. Por ejemplo, en los países subdesarrollados o en vía de desarrollo, es herramienta del estímulo económico que los organismos internacionales –por ejemplo, Fondo Monetario Internacional -FMI-- imponen a los países en los procedimientos de renegociación de su deuda externa, por ejemplo el impulso del FMI sobre las políticas privatizadoras de 1997 en Tailandia. En cambio, en el caso de los países desarrollados, la razón se basa

mayoritariamente en la necesidad de mantener o aumentar la productividad y competitividad. Según eso, en mi opinión, se puede señalar que la política privatizadora se adoptará en dos ocasiones, en una situación ventajosa o desventajosa, es decir, en alguna ocasión, se aplicará para promover el crecimiento económico del país cuando la situación económica del Estado es fuerte para avanzar o adelantarse, mientras que, en otras ocasiones, se adoptará en el caso en que el país enfrente una recesión económica, con el fin de que se aplique dicha política para reducir los gastos públicos.

A partir de la década de los ochenta, las privatizaciones se convirtieron en una práctica común de la política económica de una multitud de países. A esta práctica también se acometió España tras el Acta de Adhesión a la CEE en 1986, momento en el que las empresas públicas españolas estuvieron obligadas a iniciar su adecuación a la política comunitaria sobre liberalización, y de forma indirecta a la privatización.

La influencia comunitaria de forma indirecta en la política privatizadora de España, tras la integración española, se inició en concreto en el Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992, que es el que modifica los anteriores Tratados fundacionales de las Comunidades -Tratado de París de 1951, los Tratados de Roma de 1957 y el Acta Única Europea de 1986-. Es un Tratado muy importante y plantea varios objetivos, por ejemplo, el cambio oficial del nombre de la Comunidad Europea a Unión Europea entre otros.



Además de lo dicho hasta aquí, con arreglo a aquel Tratado, también se creaba la moneda única: el Euro. Los líderes de la entonces UE adoptaron un Plan para la Unión Económica y Monetaria –UEM- que se articulaba en torno a tres fases: i) de 1990 a 1993, con su objetivo de la plena liberalización de la circulación de capitales; ii) de 1 de enero de 1994 a 1 de enero de 1999, los países miembros debían de coordinar sus políticas económicas para conseguir unos objetivos, fijados cuantitativamente y conocidos como *criterios de convergencia*. Los países que alcanzaran los objetivos de dichos criterios podrían pasar a la tercera fase; iii) a partir del 1 de enero de 1999, se creaba la moneda única: el Euro<sup>48</sup>, además, se establecía un Banco Central Europeo –BCE-.

En la segunda fase, se produjo una de las influencias de carácter indirecto a favor de la política de privatización de los Estados miembros, que fueron *los criterios de convergencia*, consistiendo estos en cinco: i) estabilidad de precios: la tasa de inflación no podía exceder en más de un 1,5%, la media de las tasas de inflación de los Estados miembros que registraran la inflación más baja; ii) tipos de interés: los tipos de interés a largo plazo no podían variar en más de un 2% en relación con la media de los tipos de interés de los tres Estados miembros cuyos tipos de interés sean los más bajos; iii) déficits: los déficits presupuestarios nacionales debían ser inferiores al 3% del producto interior bruto -en adelante PIB-; iv) deuda pública: no podía exceder del 60% del PIB; y, por último, v) estabilidad del tipo de cambio: los tipos de cambio debían mantenerse, durante los dos años previos, dentro de los márgenes de fluctuación autorizados.

---

<sup>48</sup> Los países que accedieron en 1999 a lo que se ha denominado "zona euro" fueron once: España, Portugal, Italia, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Francia, Alemania, Austria, Irlanda y Finlandia. Cuatro países: Grecia, Reino Unido, Dinamarca y Suecia, han quedado fuera del Euro.

El cumplimiento de todos esos criterios fue obligatorio para los Estados miembros. Si los países miembros no eran capaces de superar una fase, no podían pasar a la siguiente. Por ello, los Estados miembros intentaron buscar las políticas más capaces y adecuadas cumplir con dichos criterios. En cuanto a los criterios de déficits y deuda pública, fueron los que impulsaron en buena medida a los Estados miembros, incluso España, en la aplicación de políticas privatizadoras.

En el caso de España, como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, desde la integración a partir de 1986, su política ya no resultó desarrollada y ejecutada de forma autónoma por el país, sino que en lo esencial ha pasado al ámbito comunitario, es decir, España no decide de modo independiente, sino que participa en la definición, en los foros comunitarios correspondientes de la política comunitaria. Por esto, se puede decir que las circunstancias señaladas en los párrafos anteriores eran las que en buena medida tuvieron como consecuencia la aplicación de la política privatizadora de manera indirecta en los Estados miembros, es decir, la UE jamás obligaba a los países miembros a aplicar políticas de privatización o a que vendieran las empresas estatales, sino que forzaba indirectamente a partir de exigirles a los Estados miembros que cumplieran con los objetivos del déficit público o de deuda pública. Como es sabido para alcanzar dichos objetivos los países miembros pueden elegir autónomamente numerosas medidas que resulten adecuadas, tanto por el lado del recorte de gastos públicos como del aumento de ingresos. Se pueden adoptar las medidas de reducción de gastos públicos, por ejemplo, el recorte de gastos sociales –como la extinción del cheque-bebé en España a partir del 1 de enero de

2011-, la reducción de la inversión pública, entre otras posibles medidas; y también se pueden aplicar medidas para aumentar los ingresos estatales, por ejemplo, la subida del IVA, la elevación de tarifas de transportes públicos, la política de amnistía fiscal. Según lo dicho, los Estados miembros pueden prescindir de ejecutar privatizaciones para alcanzar dichos objetivos. Sin embargo, podemos ver que en la práctica suelen aplicarse con frecuencia la privatización de empresas estatales.

La cuestión que ahora se plantea es la siguiente: si los impulsos mencionados en los párrafos que anteceden eran indirectos, ¿Cuáles eran impulsos directos de la UE a los Estados miembros? Conforme la literatura dedicada a este tema, se puede afirmar que no existió ningún empuje directo en la experiencia de la UE a la implementación del procedimiento de privatización, aunque había algunos fijados por la UE que afectaban de manera directa a la política de liberalización de los países miembros. No obstante, aunque la doctrina de liberalización no es el verdadero objetivo de este trabajo, sería mejor aludir brevemente a ella para aclarar la cuestión sobre la influencia de la UE.

Es sabido que los Estados miembros obligatoriamente tienen que cumplir con los Tratados, Directivas, y demás reglas fijadas por la UE. Uno de ellos se hace mediante el denominado *Libro Verde* que impone la dirección obligatoria que los Estados involucrados tienen que seguir. Uno de los Libros Verdes, de marcada importancia, que importó un impulso directo desde la UE a los países miembros es el que se presentó en junio de 1987 en forma de documento de consulta y titulado: *Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones* (COM (1987)

290). Este documento fue elaborado por la Comisión, prescindiendo de cualquier organismo externo en particular, y sostuvo que el entorno más fértil para este crecimiento sería la mayor armonización y la apertura gradual del mercado de las telecomunicaciones. Así, en 1988 se adoptaron las primeras medidas, que culminarán con la liberalización plena de las telecomunicaciones en enero de 1998. Este procedimiento paulatino de liberalización de las telecomunicaciones y apertura del mercado mundial está generando ya beneficios substanciales para numerosas empresas y consumidores, consistentes en reducciones de precios, mejores servicios al cliente y ofertas innovadoras de servicios.

Además de lo arriba apuntado, también existen numerosos Libros Verdes que importaron un empuje por parte de la UE a los miembros respecto de la liberalización, por ejemplo, *Libro Verde sobre el desarrollo del mercado único de los servicios postales (Comunicación de la Comisión) (COM (91) 476), junio de 1991*, que fue el inicio al mercado único de los servicios postales, en un mercado de competencia real.

Aunque la liberalización de los distintos sectores económicos no implicaba la privatización de las empresas existentes si determinaba un cambio de las reglas del juego. En efecto bajo el régimen de servicio público el Estado era el único empresario. Bajo el régimen de liberalización los Estados podían continuar con sus empresas, pero a partir de entonces no podían seguir apoyando libremente a las mismas desde los presupuestos estatales, sino que los \_Estados en sus relaciones con sus empresas públicas tenían que ajustarse al principio de comportarse como un comerciante privado. Eso determinó que muchos Estados al liberalizar consideraron que también

debían privatizar sus empresas públicas, puesto una vez liberalizado cada sector económico ya no podían seguir ayudándolas para que fijaran precios políticos o por debajo del coste; eso suponía otra forma de actuar que en algunos casos pudo considerarse que hacía innecesaria la presencia de una empresa pública. Especialmente cuando había otros instrumentos que permitían imponer en cada sector liberalizado obligaciones de servicio público o de servicio universal a las empresas privadas que entraban por primera vez en dichos sectores.

Sumados a dichos impulsos, los aspectos del Derecho comunitario también incidieron en el fundamento privatizador español, es decir, se establecían en numerosas normativas comunitarias, -en los Tratados, Directivas-, nociones jurídicas vinculantes a la doctrina privatizadora, por ejemplo, la noción sobre empresas públicas que son protagonistas en la privatización. Por lo tanto, en los párrafos que siguen, nos dedicaremos a estas aclaraciones.

### **I.1 Influencia conceptual sobre el término “empresa pública”**

Como se sabe algunas de las empresas públicas existentes en Europa a finales del siglo XVIII habían sido creadas por monarcas o príncipes de países europeos, -por ejemplo, Enrique IV de Francia, o los primeros Borbones en España-, dentro de la orientación intervencionista del Estado propugnada por el mercantilismo que tenía por fin prescindir de las importaciones para evitar la salida de metales preciosos. Con la crisis política de los regímenes absolutistas del Antiguo Régimen y las Revoluciones liberales, siguiendo el ejemplo de la francesa, la mayor parte

de las empresas públicas europeas se constituyeron durante la primera mitad del siglo XIX las empresas públicas. En efecto, la mayor parte de las reales fábricas creadas en los siglos XVII y XVIII fueron cerradas, destruidas o privatizadas y también vendidas las propiedades públicas. Sin embargo, a pesar de las privatizaciones realizadas por los liberales, renacían numerosas empresas públicas durante el siglo XIX. Algunas de las empresas de servicios públicos se mantuvieron en manos del Estado, como fue el caso de Correos, Telégrafos<sup>49</sup>. Sumado a lo dicho, un acontecimiento histórico que también influyó en la inmensa creación de empresas del sector público fue la Gran Depresión de 1929 en Estados Unidos, junto con la influencia teórica de Keynes, y la iniciativa de la fusión entre los Estados del continente europeo, como ya hemos apuntado anteriormente.

En 1957, se establecía un Tratado muy importante para los países miembros, el Tratado de Roma<sup>50</sup>, -o también denominado el Tratado de la Comunidad Económica Europea -TCEE<sup>51</sup>-. En cuanto al tema de empresa pública, el artículo 90<sup>52</sup> del antiguo TCEE (cuyo contenido era semejante al del artículo

---

<sup>49</sup> COMÍN, Francisco y DÍAZ FUENTES, Daniel. *La empresa pública en Europa*. Madrid: Síntesis, 2004. p. 24.

<sup>50</sup> Se reunió en Roma, Italia, entre Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux.

<sup>51</sup> A partir del Tratado de Maastricht, firmado el 7 de febrero de 1992, la Comunidad Económica Europea: CEE se convierte en el Tratado de la Comunidad Europea: TCE, y, últimamente, en 2009, se cambiaba de nuevo al actual Tratado, el Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea: TFUE.

<sup>52</sup> El artículo 90 del TCEE establecía así:

1. *Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive*
2. *Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.*

86 del TCE y al del artículo 106 del actual TFUE) era considerado como relacionado con la concepción de empresa pública y con todos los aspectos de la defensa de las reglas de la libre competencia. Dicho artículo constaba esencialmente de tres epígrafes destinados a recordar la obligación de los Estados miembros de respetar las reglas de la libre competencia en su función de empresarios a través de las empresas públicas u otras a las que se reconocieran derechos especiales o exclusivos, a establecer las excepciones a esta obligación en los casos de empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general y de los monopolios fiscales, y, finalmente, a recordar que la Comisión tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento de este artículo, lo mismo que por los demás artículos relacionados con la libre competencia<sup>53</sup>. Según lo expuesto, se observan muchos aspectos importantes para considerar, pero uno de ellos que podemos captar en esta cláusula, vinculante con la concepción de empresa pública, es el reconocimiento indirecto de la existencia y la legitimidad de la empresa pública<sup>54</sup>.

Además de lo dicho arriba, la Comunidad también constituyó una institución *El Centro Europeo de Empresas públicas y Servicios públicos -CEEP-*, en 1961, con el objetivo de constituirse en herramienta y representante en la gestión en los asuntos relacionados con empresas públicas, en miras al beneficios de los Estados miembros.

---

3. *La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.*

<sup>53</sup> MESTRE VERGARA, María del Carmen. La empresa pública en la Comunidad Económica Europea. En: ROMANÍ BIESCAS, Arturo (dir.). *La Empresa pública española: estudios*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980. p. 123.

<sup>54</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Liberalización de las Telecomunicaciones, Servicio Público y Constitución Económica Europea*. Ob. cit. p.48.

Se puede decir que en la época del TCEE, las empresas públicas eran las que tenían un papel muy importante en la economía europea. Sin embargo, con el paso del tiempo, las situaciones han cambiado. El cambio de percepción comunitaria puede motivar la nueva situación en relación al reconocimiento conceptual. En la actualidad, se reduce el papel de las empresas públicas a través de las políticas de liberalización, desregulación y privatización.

## **II Privatización de empresas públicas en España: una visión histórica**

Tras la consideración de los impulsos comunitarios en la parte anterior, es preciso señalar que España tiene que escuchar y caminar obligatoriamente por el rumbo marcado por la UE. Es indiscutible que varias políticas y derechos comunitarios aludidos en los párrafos anteriores influyeron en la evolución privatizadora de España. Dichas influencias se constituyen en factores exteriores, pero existen también motivos interiores que empujan al desarrollo de la privatización de empresas públicas españolas. Aunque muchos autores, en numerosas obras, ya han escrito sobre el tema, sería incompleto este tratamiento si no nos detenemos en dichos desarrollos españoles. Sin embargo, en esta Tesis se utiliza un modo distinto de expresión, es decir, no de manera descriptiva, ni en información estadística, sino de manera explícita sobre las características destacadas en cada época de la privatización española, para comprender sus antecedentes que podría beneficiar al análisis de la coyuntura actual.



Algunos autores han separado la era de la influencia del neoliberalismo proveniente de Estados Unidos, y la época de la influencia de los países comunitarios; mientras que otros han clasificado la etapa política de los Partidos principales del país, el Partido Socialista y Partido Popular -en adelante PSOE y PP, respectivamente-, debido a la distinción ideológica entre ellos. Me interesaría mencionar la segunda clasificación, de PSOE y PP, pudiendo distinguir las tres etapas siguientes: primera etapa 1982 - 1995, la privatización de la época socialista; segunda etapa 1996 - 2004, la privatización en manos del PP; y tercera etapa, desde 2004 hasta el presente.

De forma detallada cada periodo se puede explicar del modo siguiente:

### **II.1 Primera etapa 1982 - 1995, la privatización de la época socialista.**

En el ámbito nacional, la evolución de la privatización española se inició concretamente en la época del Gobierno del PSOE tras la victoria en las elecciones generales de 1982. En ese momento, el Gobierno de Felipe González tuvo que hacer frente a una difícil situación económica, sobre todo con pérdidas acumuladas de numerosas empresas del Instituto Nacional de Industria -INI-<sup>55</sup>. Bajo la dirección del PSOE, se decidió crear algunas

---

<sup>55</sup> En España, este organismo se creó durante el periodo de autarquía franquista (1939-59) a través de una ley del 25 de septiembre de 1941, inspirada por el propio jefe del Estado, el General Franco, con el objetivo de promover la creación de nuevas empresas industriales y se planteó como un método seguro y activo de promover el desarrollo de la nación. En 1992 se autorizó al INI a constituir una Sociedad Anónima a la que el Instituto aportaría la totalidad de sus acciones en el capital de las compañías en las que aún participaba. La nueva Sociedad Anónima quedó constituida el 4 de julio del mismo año, con el nombre de TENEO. Actualmente se denomina Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y se ha deshecho de prácticamente todas sus participaciones industriales, salvo algunos casos como Hunosa, o RTVE. El INI se constituyó como un grupo industrial y financiero del que dependían multitud de empresas. A su creación se transfirieron al Instituto todos los valores mobiliarios del Estado y se le dotó inicialmente de cincuenta millones de pesetas.

medidas para mejorar la coyuntura por medio, por ejemplo, de la reestructuración de las empresas estatales, el cambio en la gestión de algunas empresas, la búsqueda de eficiencia productiva y, además, el saneamiento de financiación.

La política del PSOE se enfocó en la adaptación de las empresas públicas, distinguiéndose dos tipos de privatizaciones: i) en primer lugar, la privatización total de empresas no rentables o de empresas en las que el Estado no debía estar para favorecer su viabilidad económica; y ii) en segundo lugar, la privatización parcial de empresas rentables que únicamente perseguían recaudar recursos financieros. Sin embargo, en esta época, se realizaron las privatizaciones de tipo parcial.

Una de las características del rumbo del PSOE en este periodo es la elusión de utilizar la palabra privatización de empresas públicas, y se sustituyó por la expresión *procedimiento de desinversión del Estado en las empresas públicas* –al decir de algunos *privatización silenciosa*<sup>56</sup>-. La decisión de desinversión no respondió a imperativos de carácter político o ideológico, sino a criterios de racionalidad industrial y financiera. La privatización de empresas públicas

---

Algunas de las empresas que pertenecieron al INI fueron: ATESA, (Autotransporte Turístico Español S.A.), E.N. Bazán, (astilleros militares, Navantia), INH, (Instituto Nacional de Hidrocarburos, Repsol), ENASA, (Empresa Nacional de Autocamiones S.A., Pegaso), ENCE, (Empresa Nacional de Celulosas de España), ENDASA, (Empresa Nacional de Aluminio S.A.), Endesa, (Empresa Nacional de Electricidad S.A.), *Enfersa*, (Empresa Nacional de Fertilizantes S.A.), Ensidesa, (Empresa Nacional Siderúrgica S.A., Aceralia), Entursa, (Empresa Nacional de Turismo S.A.), E.N. Santa Bárbara, (industria armamentística), SEAT, (Sociedad Española de Automóviles de Turismo).

El INI también integró a otras sociedades originalmente privadas, como Iberia, Aviaco o CASA, y especialmente a grandes industrias en dificultades, como Uninsa, Hunosa o Astano. Sin embargo los monopolios reconocidos por ley al Estado, como CAMPSA, Renfe, Telefónica o Tabacalera nunca formaron parte del INI.

<sup>56</sup> ORTEGA ALMÓN, María Ángeles y SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, María Ángeles. La política de privatizaciones en España. *Momento Económico*. Nº 122 (julio - agosto 2002). p.33.

españolas se realizó con la desinversión de empresas pertenecientes a los *holdings* públicos, en el INI, que afectaron a diversos sectores, por ejemplo, automóviles, textil, genética, alimentación, química, electrónica, transformaciones metalúrgicas, turismo, bienes de equipo, aluminio y construcción naval. En esta época, el destino de privatizaciones era las empresas, generalmente, de dimensión media o pequeña que no tenían viabilidad posible en sectores crecientemente abiertos, por lo que la mejor alternativa parecía su venta a un socio tecnológico e industrial que permitiese su viabilidad futura<sup>57</sup>. El procedimiento de venta utilizado de forma mayoritaria fue la venta de activos por medio de la subasta o la negociación directa, es decir, a través de ventas directas.

Además, podemos observar que otra característica notable en este periodo es la relevancia de la participación extranjera. Con pérdidas inmensas, los *holdings* estatales no podían hacer frente a la difícil situación en la que ya no tenía ningún futuro, por eso, se llevaba adelante la privatización en numerosas empresas estatales para ampliar la inversión extranjera. En el caso de las empresas en grupo del INI, una parte significativa de las ventas se hacían a compradores extranjeros que eran los únicos que podían proporcionar la viabilidad tecnológica y financiera necesaria a las empresas privatizadas. Los ejemplos de lo dicho fueron, el caso de Seat a

---

<sup>57</sup> La venta directa fue el que más se utilizó tanto para empresas que carecían de importancia estratégica por su pequeño tamaño o actividad (por ejemplo, Viajes Marsans, SKF, Textil Tarazona etc.), como para grandes empresas, en las que la privatización tiene sentido cuando el nuevo accionista puede generar un mayor valor para el negocio que el sector público por razones tecnológicas, comerciales, de aprovechamiento de economías de escala y sinergias derivadas de una mayor cooperación industrial entre diferentes empresas. Este es el caso por ejemplo de SEAT, ENASA o Maquinista Terrestre y Marítima (MTM).

Volkswagen –de Alemania– en 1986 y ENASA a Iveco –fabricante de Fiat de Italia– en 1990.

Tras la integración de España a la entonces UE en 1986, aquella tenía que cumplir los objetivos fijados por la Comunidad. En 1992, se produjo un periodo de crisis económica en España<sup>58</sup>. En la Comunidad, se establecieron los criterios de convergencia fijados en el Tratado de Maastricht, como ya hemos dicho en los párrafos anteriores, que impusieron la necesidad de alcanzar el objetivo de déficit público y deuda pública. Sin embargo, aunque existían muchos factores de impulso para la privatización del sector público, en este periodo, se ralentizaron las operaciones de privatizaciones, sobre todo en la privatización total. La razón fue la resistencia de algunos políticos importantes<sup>59</sup> ante el programa de privatizaciones. Es preciso decir que dicha coyuntura afectaba significativamente a la cifra de privatizaciones españolas, es decir, la cantidad de transferencias de empresas estatales al sector privado en el periodo 1992 a 1995 era menos de la mitad que en el periodo entre 1985 a 1991<sup>60</sup>. La privatización de las empresas se realizaba a través de las operaciones de venta de paquetes accionariales, vía oferta pública de venta –OPV–, en muchas ocasiones sin pérdida del control operativo de la empresa, de forma que se reservaba un paquete que

---

<sup>58</sup> Fue la dificultad económica en España con la tasa de paro situaba a la cabeza de los países de la CEE, con deuda pública y déficit público con la cifra excesiva.

<sup>59</sup> El Vicepresidente del gobierno, Narcís Serra, declaraba, en febrero de 1994 en el Senado que <<El Gobierno no está elaborando ni ha elaborado ni elaborará un plan general de privatizaciones para reducir el déficit presupuestario (...) no hay un plan general, sino que estudiaremos caso por caso>> A su vez, Juan Manuel Eguiagaray, ex-Ministro de Industria y Energía desde 1993, afirmaba en el Congreso <<No ha existido, ni tampoco se va a poner en marcha, un programa de privatización>>. {BEL, Germá y COSTAS, Antón. La privatización y sus motivaciones en España: de instrumento a política. *Revista de Historia Industrial*. 2001. Nº 19-20. p.117.}

<sup>60</sup> BEL, Germá y COSTAS, Antón. La privatización y sus motivaciones en España: de instrumento a política. Ob. cit. p.117.

aseguraba el control público de la compañía; en otras como fue el caso de SEAT la venta fue total.

Se puede resumir lo arriba analizado afirmando que desde la entrada del gobierno socialista, en 1982, se utilizó la privatización como instrumento de la desinversión industrial que no concebía ni planteaba la privatización como una política, es decir, no se planteaba sistemáticamente, sino que se actuaba casuísticamente. Se usaba para responder a la necesidad coyuntural para obtener fondos y orientarlos a amortizar la deuda pública, para mejorar la gestión de las empresas públicas con la colaboración del sector privado. Es preciso señalar que dichas actuaciones eran frutos de decisiones aisladas, no de una estrategia definida. Además, se criticaba que este periodo carecía de planificación, podía privatizarse una empresa estatal cuando se aprobaba por el Consejo de Ministros, que aparentaban ser privatizaciones con ocultismo, sin publicidad. Sin embargo, dicha coyuntura continuó hasta que se produjo un gran cambio en 1996, que se analizará en la siguiente etapa.

## **II.2 Segunda etapa 1996 - 2004, la privatización en manos del PP.**

En mayo de 1996, el PP ganó las elecciones generales y gobernó España. El nuevo Gobierno continuó el procedimiento privatizador, pero no como una medida aislada, sino bajo la aplicación de un programa político concreto, enmarcado en una política más amplia y sistemática, con objetivo de que: la reducción y saneamiento del sector público empresarial tenga como fin último la mejora de la eficiencia productiva y la adecuada asignación de

recursos escasos<sup>61</sup>. Se ha aprobado este Plan oficialmente el 28 de junio de 1996, por el Gobierno presidido por José María Aznar, denominado *Plan de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado*, que ha clasificado las empresas públicas en cuatro grupos:

- i) En un primer grupo, estaban aquellas empresas públicas rentables, es decir, con buen comportamiento en bolsa, por ejemplo, Argentaria, Repsol, Telefónica y Tabacalera, Gas Natural, Trasmediterránea;
- ii) En un segundo grupo, estaban las empresas que operaban en un sector que requería su desregulación antes de proceder a su privatización, es decir, las empresas que actuaban en sectores regulados por el Estado que debían desregularse antes de la venta. Por ejemplo, el caso de Endesa y Red Eléctrica Española;
- iii) En un tercer grupo, formado por aquellas empresas que necesitaban una consolidación que garantizara su futuro antes de ser privatizadas, es decir, empresas en proceso de ajuste, teniendo que esperar la realización privatizadora, por ejemplo Iberia, CASA o Babcock Wilcox; y
- iv) El último grupo de empresas públicas, pertenecientes a la Agencia Industrial del Estado -AIE-, que no podían venderse porque eran claramente deficitarias y que no podían cerrarse, es decir, por razones sociales o estratégicas serían difíciles de privatizarse, por ejemplo, Hunosa, Santa Barbara<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> GÁMIR CASARES, Luis. La Empresa Públicas en España: Pasado, Presente, y Futuro. *Revista Información Comercial Española*. Nº 826 (Noviembre 2005). p.142.

<sup>62</sup> TRONCOSO REIGADA, Antonio. *Privatización, empresa pública y Constitución*. Ob.cit. pp.35-36.

El procedimiento de privatizaciones, como núcleo más destacado de este Plan, se intensificó a partir de 1997, reduciéndose considerablemente el peso del sector público empresarial en la economía, afectando a las empresas públicas de mayor tamaño y rentabilidad, entre ellas, por ejemplo Telefónica, Repsol, Tabacalera o Endesa. En sólo los dos primeros años del Gobierno popular se vendieron empresas públicas por valor de más de cuatro billones de pesetas, duplicándose los ingresos obtenidos en los diez años de privatizaciones del Partido Socialista<sup>63</sup>. Además de dicho motivo interno, también numerosas privatizaciones se realizaron bajo los impulsos comunitarios de forma indirecta, fijados en el mismo Tratado de primer periodo, el Tratado de Maastricht, -aplicándose desde 1992, en la etapa de PSOE, hasta 1999, en la era de PP-, para completar el programa de la moneda única.

Cuando hablamos sobre los principios fundamentales de este Plan, éstos pueden separarse en diez:

- a. Publicidad, transparencia y concurrencia.
- b. Eficiencia y economía.
- c. Separación de la propiedad y la gestión de las empresas.
- d. Corrección de los desequilibrios presupuestarios.
- e. Salvaguarda y defensa de los intereses económicos generales y de los intereses patrimoniales del Estado.
- f. Protección de los intereses de los accionistas y terceros.
- g. Continuidad del proyecto empresarial de las empresas privatizadas.
- h. Aumento de competencia

---

<sup>63</sup> ORTEGA ALMÓN, María Ángeles y SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, María Ángeles. *La política de privatizaciones en España*. Ob. cit. p.35.

- i. Extensión de los mercados de capitales y ampliación de la base accionarial de las empresas.
- j. Sometimiento de todas las operaciones a control, tanto "*ex ante*" (el control parlamentario, y por parte del Consejo Consultivo de Privatizaciones: CCP) como "*ex post*" (parlamentario, por parte de la Intervención General de La Administración del Estado: IGAE, y del Tribunal de Cuentas).

En la etapa del Gobierno popular, aunque se realizaron privatizaciones con el Plan concreto y sistemático, no se estableció un organismo específico como Ministerio o Secretaría de Estado en materia de privatizaciones. Sin embargo, para facilitar el procedimiento privatizador, en 1996, se creó un órgano denominado *Consejo Consultivo de Privatizaciones* -en adelante CCP-, entidad consultiva encargada de analizar los informes técnicos elaborados por el organismo privatizador, remitiéndolo al Consejo de Ministros, que era el que decidía. Se encargaría de velar por el cumplimiento de los principios señalados en párrafo anterior.

En el efecto desde junio de 1996 hasta diciembre de 2003, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales -SEPI- había vendido prácticamente todo lo que tenía y obtenido unos ingresos que sumaron más de 29.400 millones de euros, con plusvalías superiores a 10.818,22 millones de euros, que le han permitido garantizar los compromisos sociales adquiridos en la reconversión industrial, eliminar la deuda histórica del INI y parte de la que



tenían contabilizadas otras empresas públicas<sup>64</sup>. Con las empresas privatizadas, desde 1996, se había reducido la participación del Estado en la capitalización bursátil del mercado español de un 10,87% a mediados de 1996, y hasta menos de un 0,43 % en 2002, y también se ha reducido la participación de la industria pública en el PIB estatal de un 1,8% en 1996 a un 0,1 % en 2002, favoreciendo así la política de liberalización de la economía española<sup>65</sup>.

Otra de las características de este periodo del PP es que el Gobierno del Partido conservador no establecía ninguna normativa en concreto de privatizaciones. En su lugar, aprovechaba la cobertura normativa existente en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen jurídico de Enajenación de Participaciones Públicas en determinadas empresas<sup>66</sup>, la Ley General Presupuestaria y la Ley de Patrimonio del Estado, junto con el citado Acuerdo del Consejo de Ministros fijado el Plan de modernización<sup>67</sup>, como herramientas para facilitar el procedimiento privatizador.

Se puede concluir que en la época del PP, se avanzaba con la política privatizadora, pero no como una medida aislada, sino como aplicación de un programa político concreto y sistemático. El Estado intentaba dejar de ser accionista para constituirse en un regulador de la actividad económica que trataba de crear un entorno favorable para la competitividad. El PP

---

<sup>64</sup> GUARNIDO RUEDA, Almudena y JAÉN GARCÍA, Manuel. La experiencia privatizadora en España. *Revista Cuadernos de Ciencias económicas y empresariales*. 2005. N° 49. p.78.

<sup>65</sup> GUARNIDO RUEDA, Almudena y JAÉN GARCÍA, Manuel. La experiencia privatizadora en España. *Revista Cuadernos de Ciencias económicas y empresariales*. Ídem. p.79.

<sup>66</sup> Vigente hasta el 27 de mayo de 2006.

<sup>67</sup> SOUVIRON, José María. La Privatización del Sector Público Empresarial del Estado en España (1996-2002): Aspectos Jurídicos. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Dir.). *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003): Resúmenes Ejecutivos*. Ob.cit. p.6.

buscaba renunciar a su papel de empresario y perfilaba la salida del Estado de toda la cartera industrial del mismo. Además, se constituyeron diversos órganos esenciales que jugaron un papel necesario en la privatización de empresas públicas hasta el presente. En buena medida podemos destacar numerosas perspectivas positivas de esta época, pero es posible vislumbrar algunos aspectos negativos, es decir, algunos han dicho que la mayoría de privatizaciones en la etapa de PP carecían de auténtico fundamento<sup>68</sup>. La opinión se ha señalado que en esta época, algunas empresas de combustibles, electricidades o telecomunicaciones todavía se presentaban niveles de competencia insuficientes, así como, con el tema de confusión, es decir, parecería que no se distinguían clara y suficientemente las operaciones de privatización y las de liberalización, que son completamente diferentes, tanto en cuanto al procedimiento como en cuanto a los plazos de realización.

### **II.3 Tercera etapa, desde 2004 hasta el presente.**

El 14 de marzo de 2004, se celebraron en España las elecciones generales, con resultado favorable para el PSOE. En la práctica, durante los años 2005 a 2009, el CCP tuvo un papel enorme en el procedimiento de privatización de España. En 2005, se habían ejecutado cinco operaciones de privatización en manos del CCP: i) la privatización de las participaciones minoritarias en Aldeasa, Altadis, Endesa e Iberia; ii) la privatización de Red Eléctrica; iii) de

---

<sup>68</sup> SOUVIRÓN, José María. La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002): Aspectos jurídicos. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (dir). *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y resultados (1996-2003), Resúmenes ejecutivos*. Ídem. pp. 10-13.

Navalips; iv) de Clinisas; y v) de Inisas. Se debe destacar que dichas operaciones se ejecutaron por el Agente Gestor, SEPI.

En 2006, se ejecutaron cuatro operaciones de privatización, sobre las cuales el CCP operó sendos dictámenes. En todas las operaciones desarrolladas, SEPI también actuó como Agente Gestor del procedimiento, y éstas fueron las cuatro empresas privatizadas: i) privatización de Weser Engineering GMBH; ii) privatización del Centro de Gijón propiedad de IZAR, en liquidación, iii) privatización del Centro de Sevilla propiedad de IZAR, en liquidación; y iv) privatización del Centro de Sestao propiedad de IZAR, en liquidación.

Entonces, durante los 3 años comprendidos entre 2007 y 2009, el CCP ha actuado en la siguiente línea de privatizaciones españolas: i) sobre la posible venta de las participaciones de SEPI en Endesa e Iberia mediante la Oferta pública de adquisición –OPA-<sup>69</sup>; ii) sobre la privatización de Ionmed Esterilización, S.A; y iii) sobre el procedimiento de venta del 31,3% del Grupo Compañía Española de Crédito y Caución, S.L.

Es sabido que desde 2004 hasta noviembre de 2011, España estaba bajo la presidencia del Gobierno socialista. Durante los tres primeros años del mandato del PSOE no resultaba preocupante la situación económica española, pero, en 2008, se produjo una nueva crisis económica influida por

---

<sup>69</sup> La OPA tiene lugar cuando una persona (*oferente*), pretende adquirir acciones (u otros valores que puedan dar derecho a suscripción o adquisición de éstas) de una sociedad (*sociedad afectada*), cuyo capital esté en todo o en parte admitido a negociación en bolsa de valores, para de esta forma llegar a alcanzar, junto con la que ya se posea, en su caso, una participación significativa en el capital con derecho de voto de la sociedad.

el comienzo de la crisis mundial. Frente a esta realidad, el Gobierno adoptó un conjunto de medidas para mejorar dicha situación, entre ellas, el Plan de austeridad en junio de 2008, el Plan de 24 medidas en agosto de 2008, el Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo, o denominado Plan E, de 2009 y 2010. Además, recientemente, se ha producido un gran cambio en el poder estatal, a partir de las elecciones generales de noviembre de 2011, el PP resultó electo. Con la crisis económica que sigue afectando a España, el PP enfoca su política hacia el saneamiento de las empresas públicas y la disminución de los gastos públicos, a partir del denominado *Plan de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional Estatal*<sup>70</sup>. Dentro de éste, se adoptan numerosas medidas para superar la crisis. Una de ellas es la supresión de aproximadamente las 450 empresas públicas. No existen garantías de que dicho Plan saque a España de la crisis, pero es preciso señalar que las medidas privatizadoras podrían apoyar positivamente como herramientas en tiempos difíciles, no sólo en la antigüedad, sino aun en el presente.

### **III Singularidades de la privatización española**

Respecto de las singularidades de la privatización española, se han hablado ya en la parte anterior. Sin embargo, para que la cuestión quede más resuelta deberíamos realizar un análisis comparativo, sobre todo con el prototipo: el ejemplo británico.

---

<sup>70</sup> Se adjunta este Plan en el Anexo I de esta Tesis.

En el Capítulo anterior se ha hecho una breve reseña sobre alguna experiencia de la privatización británica, que sin duda fue la primera y constituyó un ejemplo de privatización europea. Pero, podemos encontrar algunas diferencias sustanciales entre la privatización de España e Inglaterra en los siguientes párrafos:

En primer lugar, en cuanto a la base principal de la privatización, es decir, en el caso británico, generalmente, la privatización ha sido una política más ideológica, mientras que la privatización española ha sido más pragmática, sobre todo durante el primer periodo de Gobierno del PSOE. Es decir, en el caso del Reino Unido, la privatización ha sido un aspecto importante del programa del Partido conservador que tenía como objetivo disminuir el peso del sector público en la economía, y reducir el fuerte peso de los sindicatos en las empresas públicas y, además, crear una nueva clase de propietarios capitalistas, en inglés "*working class*". Pero, en el caso español, la privatización obedecía más a decisiones estratégicas de los propios *holdings* públicos, o a la necesidad de acercar recursos financieros para superar los problemas derivados de las restricciones presupuestarias.

En segundo lugar, el programa de privatización británica ha sido cuidadosamente planeado y diseñado con anticipación y se ha dado a conocer de una forma totalmente transparente. Al contrario, en el caso español, se ha desarrollado de manera más natural y poco sencilla, en alguna ocasión improvisada y, además, ha sido planeado caso por caso. Para asegurar esta característica de la privatización española, se menciona la experiencia durante la época de PSOE, entre 1982 a 1996, que se podría decir

que se realizaron las privatizaciones sin claridad, ni publicidad de manera suficiente, tratando de usar la palabra desinversión u otras, en vez de la de privatización.

En tercer lugar, las empresas privatizadas en el Reino Unido han sido, en su mayoría, empresas rentables. En cambio, algunas de las empresas españolas vendidas directamente han sido empresas en pérdidas. Esto coincide con lo que hemos señalado anteriormente, en cuanto a la afirmación de que se aplicará la política privatizadora en algunos casos para promover el crecimiento económico del país cuando la situación económica del Estado es fuerte para avanzar o adelantarse, como lo fue para el caso británico, mientras que en otros casos adoptará en el momento que el país enfrente una recesión económica con el fin de que dicha política sirva para reducir los gastos públicos, como lo fue el caso español.

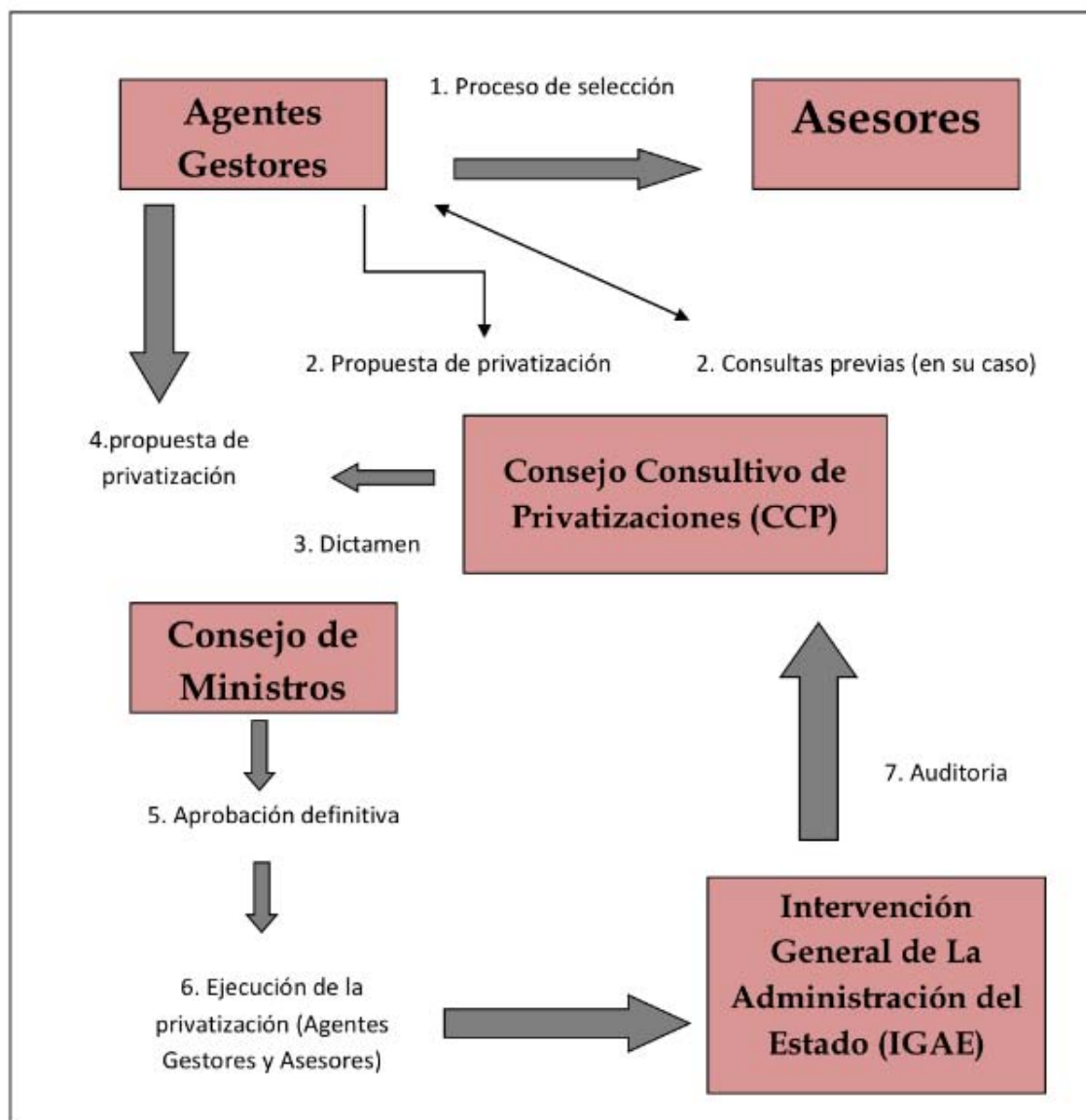
Según estas distinciones, se puede destacar que la privatización española era más irregular que la británica en algunas perspectivas. No obstante, aun existiendo estas diferencias entre los dos países, el principal objetivo de todos los países en la privatización, como hemos dicho en el Capítulo anterior, debería enfocarse en la búsqueda de una mayor eficiencia para mejorar el estado económico del Estado y aumentar la eficacia de las empresas públicas, y no sólo en la mera transferencia de manos públicas a privadas.

#### **IV Consejo Consultivo de Privatizaciones y otros sujetos en la privatización española**

El CCP fue creado por el mismo Acuerdo del Consejo de Ministros que estableció las Bases del Programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado, el 28 de junio de 1996. Este no es un organismo exclusivamente español, sino que existe también en otros países europeos. Se puede destacar que no es una función puramente jurídico-formal, sino de ayuda y control general de la operación. Sus opiniones son de gran utilidad para la depuración de la técnica privatizadora aplicada en España. Para reforzar el sistema de garantías de las operaciones de privatización por el CCP, se realizan los *dictámenes públicos* en los que se analiza la adecuación de cada operación de privatización. Así pues, podemos ver los procedimientos de privatización española con carácter general en el siguiente Gráfico:

GRÁFICO I:

Procedimiento para realizar las privatizaciones en España desde 1996 a la actualidad





Según este Gráfico, el procedimiento privatizador se inicia por los Agentes Gestores<sup>71</sup>, siendo los encargados de la selección y contratación de los Asesores, así como de la elaboración de una propuesta de privatización con la asistencia, en su caso, de los Asesores contratados. En ocasiones, los Agentes Gestores realizan consultas previas sobre determinados aspectos de los procedimientos de privatización al CCP. Sobre la base de dichas consultas, los Agentes Gestores pueden seguir las recomendaciones del CCP en los procedimientos de privatización. Entonces, los Agentes Gestores van a crear y diseñar el procedimiento de venta de participaciones y realizar la adjudicación de la empresa, sometido todo a la condición suspensiva de su aprobación por el Consejo de Ministros y del Informe preceptivo del CCP. Luego el expediente se remite, con la información sobre el desarrollo del procedimiento y la propuesta concreta de venta, al CCP para su correspondiente análisis.

Con la documentación remitida, el CCP elabora un dictamen en el que se pone de manifiesto el grado de adecuación del procedimiento a los principios de transparencia, concurrencia y publicidad y que, generalmente, incluye también diversas recomendaciones con el fin de mejorar su cumplimiento. Conviene tener en cuenta que la función del CCP es consultiva y no vinculante y que, por tanto, no participa de forma directa en la toma de decisiones relativas a los procedimientos de privatización. La decisión de aprobación de la operación corresponde al Consejo de Ministros siendo el dictamen del CCP previo a su Acuerdo.

---

<sup>71</sup> El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 junio de 1996 establecía como Agentes Gestores del proceso de privatización a SEPI (Sociedad Estatal de Participaciones Industriales), SEPPa (Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales) y la AIE (Agencia Industrial del Estado).

El dictamen del CCP se remite a los Agentes Gestores, que son los encargados de elevar, en su caso, la propuesta de privatización y el dictamen del CCP al Consejo de Ministros para su aprobación definitiva. Por lo tanto, son los Agentes Gestores y, en última instancia, el Consejo de Ministros, los órganos ejecutivos del procedimiento de privatización.

Además de los órganos relacionados en párrafo anterior, tanto la Intervención General de la Administración del Estado -IGAE- como el Tribunal de Cuentas, también están vinculados al procedimiento privatizador español, pero no con una función con carácter *ex-ante* como el CCP, sino actúan *ex-post*, es decir, una vez finalizada cada operación de privatización, la IGAE eleva al Ministro de Hacienda y Administración Pública un informe de auditoría sobre el desarrollo de la misma. Por su parte, la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas<sup>72</sup> tiene carácter externo, permanente y consultivo. Su misión es enjuiciar la actividad económica desde los principios de legalidad, eficiencia y economía en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos.

Aparte de lo arriba mencionado, existen también otros sujetos que actúan con trascendente papel en la privatización del Estado español, sobre todo, en el sistema de control de la gestión. Entre ellos, por ejemplo, es el Control Parlamentario que también ha funcionado con una labor puntual de la

---

<sup>72</sup> El Tribunal de Cuentas de España es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público. De acuerdo con la Constitución, su norma principal es la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, reguladora de la Institución y la Ley 7/1988, de 5 de abril.

*Subcomisión de Privatizaciones del Congreso*<sup>73</sup>. También en la vigilancia judicial, los Tribunales Contencioso-Administrativos desempeñan un papel muy importante en el procedimiento de privatización, porque puede ocurrir que algunos procedimientos carezcan de las suficientes garantías, o que existan defectos o infracciones en las actuaciones del gobierno, por lo tanto, dichos Tribunales ejercerán su misión primordial para aliviar las causas indebidas en el procedimiento privatizador español.

Se puede concluir de manera definitiva, conforme lo analizado en el presente Capítulo, que dos factores muy influyentes en el procedimiento privatizador español son el impulso de la UE y la propia evolución de España. Tras la integración de España en 1986, la política española en varios aspectos ya no es desarrollada y ejecutada de forma autónoma por el país, sino que depende del ámbito comunitario. La influencia comunitaria en la privatización española es inmensa, tanto en las políticas, por ejemplo, los criterios de convergencia del Tratado de Maastricht que los Estados miembros tenían que cumplirlos incondicionalmente, como en algunos aspectos jurídicos señalados en los derechos comunitarios, por ejemplo, la influencia de la noción conceptual sobre empresa pública. La consideración de dichas influencias es imprescindible para entender la tendencia histórica de la privatización española y también para conocer el movimiento histórico de la privatización en Europa que se podría, a veces, ayudar a imaginar o predecir la futura propensión.

---

<sup>73</sup> Este Órgano está situada dentro de la Comisión de Industria.

En la historia de España, los Partidos del PSOE y PP son los que han tenido mayor protagonismo respecto de las privatizaciones. Durante el Gobierno del Partido socialdemócrata el enfoque estaba dado en la iniciativa de la reestructuración y saneamiento de todo el sector público empresarial español, pero carecieron de un plan sistemático. Desde 1982 y hasta 1995, y continuando con el Gobierno del Partido conservador en 1996, se dio paso a la aplicación del plan más concreto y sistemático que conllevó la privatización del sector público empresarial de marcadas dimensiones en España. Las características del procedimiento privatizador han sido diversas en cada época, pero coincidieron en el objetivo de superar las dificultades económicas de España.

La significación de los organismos relacionados con los procedimientos de privatización española es uno de los temas a tratar en este Capítulo. Uno de ellos, que juega su papel significativo en el procedimiento privatizador, es el Consejo Consultivo de Privatizaciones. Aunque la toma de la decisión inicial y definitiva está en manos del Consejo de Ministros, el CCP es esencial para la elaboración de un dictamen en el que se pone de manifiesto el grado de adecuación del procedimiento a los principios de transparencia, libre concurrencia y publicidad, y que incluye también diversas recomendaciones con el fin de mejorar su cumplimiento. Este dictamen, en la base de dichos principios, es de capital importancia para España, porque, a diferencia de países como Gran Bretaña, Francia o Italia, el procedimiento de privatizaciones español no ha sido precedido de una Ley *ad hoc* -o sea una concreción legal-, sino que cada privatización constituye una decisión gubernamental específica. Por lo tanto, los principios jurídicos deberían ser

establecidos y considerados por el CCP mediante los dictámenes para garantizar la legalidad de los procedimientos privatizadores.



## **CAPÍTULO III**

### **ASPECTO JURÍDICO DE LAS PRIVATIZACIONES DE EMPRESAS PÚBLICAS EN TAILANDIA**

Cuando hablamos de la política de privatización, es obvio que es un tema que guarda una estrecha vinculación con la economía, la política y el derecho. En cuanto a la consideración de esta política en Tailandia, resulta todavía asistemática sobre todo en el aspecto jurídico, lo que se refleja, por ejemplo, en la falta de respeto de principios jurídicos significativos en el procedimiento privatizador. Esta característica resulta ser un círculo vicioso que impide el avance de la privatización tailandesa y, además, conlleva conflictos de intereses de los políticos tailandeses. Este Capítulo, como núcleo de esta Tesis, se enfocará en cuatro partes: i) la experiencia de la privatización de empresas públicas en Tailandia, y su actual problemática desde la decisión inicial de privatizar; ii) los principios jurídicos significativos en el procedimiento privatizador de Tailandia; iii) el respeto al fin de interés general como el principio de buena administración en los procedimientos de privatización y, por fin, iv) el análisis sobre la necesidad de una norma aplicable en el procedimiento privatizador en Tailandia.

## **PARTE I: Privatización de empresas públicas en Tailandia: Paso inicial en la evolución privatizadora tailandesa y sus inconvenientes**

### **I.1 Evolución privatizadora en Tailandia**

Respecto de la evolución privatizadora tailandesa, se puede clasificar la época de su desarrollo en dos principales, que básicamente están vinculadas muy estrechamente con la historia política nacional que influía significativamente: en primer lugar, la concepción privatizadora tailandesa antes de año B.E. 2540 (1997)<sup>74</sup>, y en segundo lugar, la concepción privatizadora tailandesa después del año B.E. 2540 (1997).

#### **I.1.1 Concepción privatizadora tailandesa antes de B.E 2540 (1997)**

En Tailandia, la forma de Gobierno, antes del año B.E. 2475 (1932), era la Monarquía Absoluta. Una de las revoluciones que cambió de modo brusco al Estado de Tailandia fue la supresión del sistema de la Monarquía Absoluta, y consiguiente cambio al régimen de la Monarquía Constitucional en 1932 (B.E. 2475) por un grupo llamado “*la Agrupación de Los Ciudadanos: en tailandés: คณะราษฎร, Kanarad*”. Esto constituyó una revolución sin derramamiento de sangre y provocó el establecimiento de una nueva Monarquía Constitucional vigente hasta ahora.

---

<sup>74</sup> El calendario budista se emplea en Sri Lanka, Camboya, Laos, Tailandia y Birmania y comienza con el año de nacimiento de Buda. Generalmente se usa en Tailandia para indicar el año de empezar de todas las normativas jurídicas, al igual que se indican el año de nacimiento de Cristo en las normas españolas. La diferencia entre el año budista es de 543 años más que el año de Cristo.



Después de esta revolución, las empresas públicas tailandesas se convirtieron en herramientas significativas para respaldar las políticas nacionalistas del Gobierno. En 1962 (B.E 2505), el Estado de Tailandia se enfrentó a la recesión económica y pidió ayuda financiera al Banco Mundial. Los representantes del Banco Mundial analizaron la situación en cuanto a que la causa de aquella crisis fue el aumento en manos del Estado de numerosas empresas o entidades con pérdidas acumuladas, por lo que era necesario que el Gobierno reduzca el número de empresas y negocios de titularidad del Estado<sup>75</sup>.

Dichas instrucciones del Banco Mundial fue la base e iniciativa para que el Gobierno impulsara las medidas para resolver aquel problema a largo plazo. Las medidas que se adaptaron en ese momento fueron las siguientes:

#### **I.1.1.1 El aumento del papel del sector privado**

Durante los años 1956 a 1996 (B.E. 2500 a 2540), los Gobiernos tailandeses aumentaron la participación del sector privado en las empresas públicas a través de los siguientes medios:

- a. Contratar con el sector privado para dirigir la empresa pública: que es la contratación de los particulares profesionales para administrar las tareas de la empresa pública con el pago de remuneraciones, según rendimientos. En cuanto a este medio, el Estado todavía seguía siendo el propietario de todo, él tomaba las decisiones, inversiones. Por ejemplo, *Autoridad portuaria de Tailandia* contrató una empresa para manejar los

---

<sup>75</sup> THAI AR-REE, Pipat. *Principios privatizadores de empresas públicas tailandesas*. Bangkok: Universidad Chulalongkorn, 2531 (1988). p.183-187.

seis Puertos en Bangkok (en ese momento había diecisiete Puertos en total en Bangkok)<sup>76</sup>.

- b. Contrato de Concesión con el sector privado: a partir de la necesidad de fomentar la participación y la colaboración del sector privado en la construcción de costosas infraestructuras y servicios públicos que se consideraban esenciales, y se transfieren al Estado con plazo determinado. El sector privado obtuvo remuneraciones por pagos de tarifas o peajes por los usuarios, mientras que el sector público consiguió los beneficios establecidos en el contrato. Sin embargo, en este caso, existe un privilegio para el sector público, es decir, si los rendimientos de la empresa privada contratista no eran positivos, como fijaba en el contrato, el Estado podía suprimir el contrato, sin pagar indemnización. Un ejemplo de este medio fue la *Autoridad de Autopistas de Tailandia* que formalizó un contrato de concesión con la Empresa Water Bau, S.A. de Alemania para construir una Autopista elevada en la Calle Viphavadee en Bangkok.
- c. Venta de acciones en la Mercado de Valores: como se ha dicho en el primer Capítulo con respecto a Tailandia, la concepción de empresa pública se define en la *Ley del Procedimiento Presupuestario del Estado de año B.E. 2502 (1959)* que “La empresa pública es una organización del Gobierno o una empresa en que el Estado o sector público detenta sus acciones en más de un cincuenta por ciento”. Es decir, en cualquier sector público, si el Estado detenta más de cincuenta por ciento de las acciones en una empresa, la empresa es estatal. Por lo tanto, el número de empresas

---

<sup>76</sup> BARAMANAND, Nantawat. *Privatizaciones de empresas públicas tailandesas*. Quinta Edición. Bangkok: Winyuchon, 2550 (2007). pp. 28-29.

públicas en Tailandia es indeterminada dependiendo de la inversión del sector público en cada momento determinado.

La venta de acciones en ese momento se podía hacer en dos formas; primero, la reducción de participaciones de acciones del Estado, pero se retienen en más de un 50 por ciento -empresa pública en el sentido tailandés-; segundo, la reducción de participaciones en acciones del Estado en más de un 50 por ciento -resultó que esta empresa no era pública-<sup>77</sup>.

- d. Inversión por parte de los particulares y el Estado adquiere los productos: era el modo conforme el cual el sector privado participaba en la producción y el Estado compraba lo producido, según el contrato. Esta medida podía reducir la carga de inversión por parte del Estado, por ejemplo, una Empresa privada -los *Productores independientes en Energías: en inglés Independent Power Producer (IPP)*- construía una fábrica para producir electricidad y la vendía a la Empresa Pública *Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia*.

#### **I.1.1.2 La transferencia o supresión de las empresas públicas con deudas excesivas.**

El objetivo de esta medida era la extinción de empresas públicas ineficaces en el rendimiento de gestión financiera. En la práctica, se hacían en dos formas: en primer lugar, en cuanto a la transferencia de las empresas públicas con deudas excesivas, se inició en *el Segundo Plan Nacional*

---

<sup>77</sup> BARAMANAND, Nantawat. *Privatizaciones de empresas públicas tailandesas*. Ob.cit. pp 29-30.

de Desarrollo Económico y Social (durante los años 1967 a 1971 -B.E. 2510 a 2514-)<sup>78</sup> cuando había 108 empresas públicas, y en el *Tercer Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social* (durante los años B.E. 2515 a 2519: 1972 a 1976) quedaron sólo 80 empresas públicas. En segundo lugar, en relación con la supresión de las empresas públicas con demasiadas deudas, el Gobierno suprimió algunas empresas públicas con pérdidas acumuladas, por ejemplo, la supresión de una Empresa Pública denominada *Empresa Productora de Alimentos Instantáneos*, por el *Decreto-Real de la supresión por el Ejecutivo en Acuerdo del Consejo de Ministros de Tailandia en el 12 de febrero de 2511 (1968)*, debido a la existencia de empresas privadas con mayor eficacia.

#### **I.1.1.3 Iniciativa del Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social (en inglés *The National Economic and Social Development Plan*)**

Después del cambio radical del sistema político, de la Monarquía Absoluta a la Monarquía Constitucional, en 1932 (B.E. 2475), el Reino de Tailandia experimentaba una época caracterizada por el aumento de las empresas públicas con gran crecimiento económico. Sin embargo, después de 1944 (B.E.2487), Tailandia afrontaba el problema político que conllevaba la recesión económica, por eso, la política de privatización se consideró como una de las alternativas para superar la crisis financiera.

Para resolver esas dificultades, el Gobierno contrataba expertos para diseñar la política nacional para el desarrollo sostenible. El resultado de todo ello

---

<sup>78</sup> Esa época no sólo se desarrollaba en las privatizaciones sino en macroeconomía del país, por ejemplo se estableció, por el *Segundo Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social*, la Bolsa de Valores de Tailandia para movilizar fondos que apoyasen la industrialización y el desarrollo económico.

fue la aprobación del *Primer Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social* (los años 1961 a 1966 -B.E. 2504 a 2509-).

En cuanto a la importancia de este Plan, se puede decir que el mismo se creó por un comité denominado *el Comité de Desarrollo Económico y Social Nacional*<sup>79</sup>, fundado el 15 de febrero de 1950 (B.E. 2493). El Plan tuvo por objeto determinar las políticas necesarias en el ámbito económico y social durante un tiempo determinado y cada 5 años. Se inició por primera vez en 1961 (B.E. 2504), y hasta ahora, en total se han aprobado 11 Planes. Cada Plan tiene su énfasis particular dependiendo de cada momento. El Primer Plan se considera como el Plan maestro con gran importancia para el desarrollo económico y social del país.

En la época del Primer Plan, el enfoque se basaba en aumentar claramente el papel del sector privado en empresas públicas. Aunque se dio luz verde totalmente a las privatizaciones, todavía quedaba en la oscuridad, debido a la falta de normativa y la inestabilidad política.

---

<sup>79</sup> Las competencias principales de este Comité son seis obligaciones siguientes:

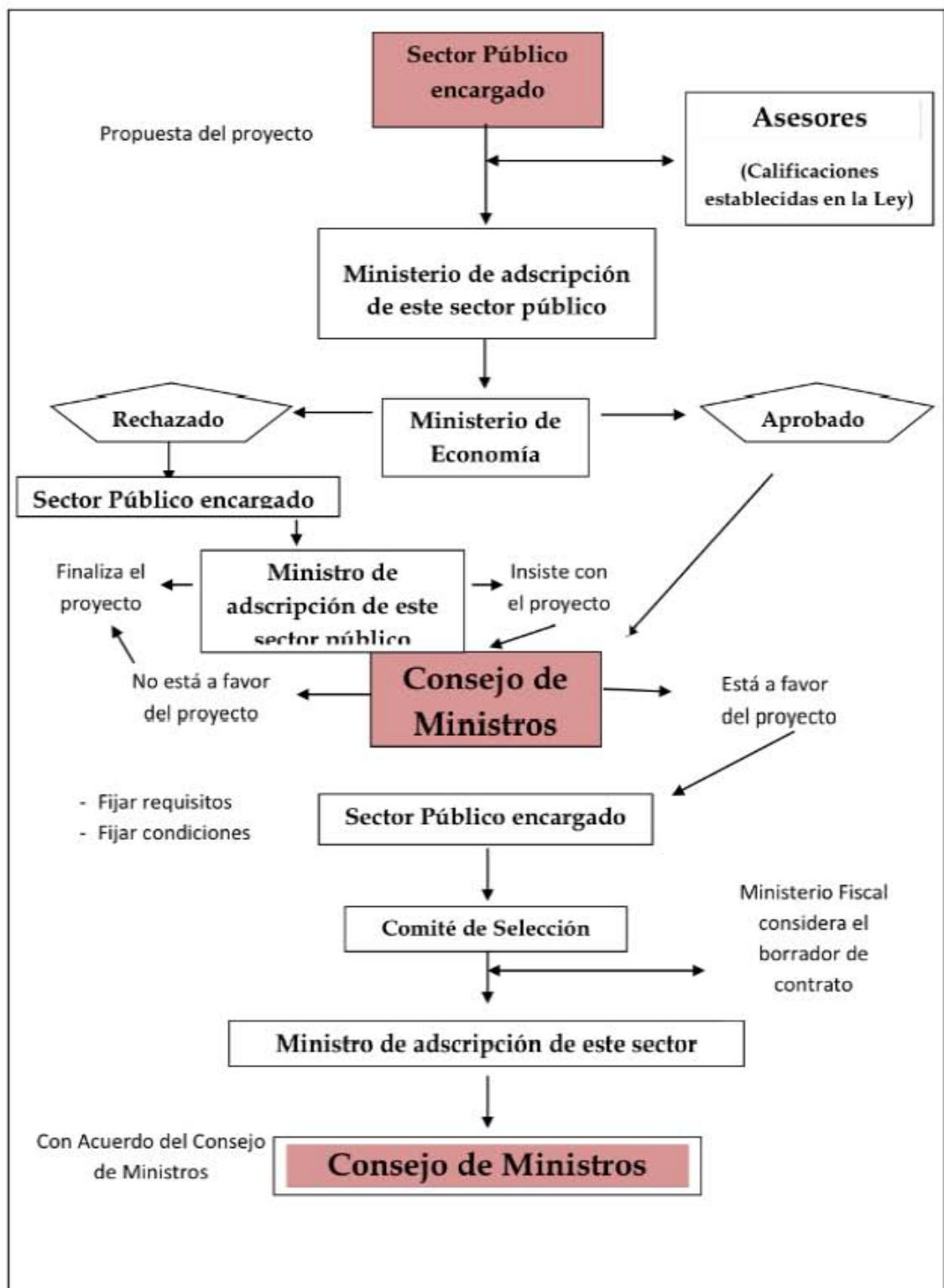
- a. Aligeramiento de problemas de Distribución de Ingresos y Pobreza.
- b. Realización de la competitividad de Tailandia.
- c. Fomento del desarrollo de capital Social.
- d. Promoción del Desarrollo sostenible.
- e. Planteamiento de estrategias, políticas y proyectos de desarrollo principales.
- f. Creación de la base de datos de PIB y diversos indicadores acerca del desarrollo.

#### **I.1.1.4 Modificación de las leyes, reglas, y demás normas pertinentes para el impulso del papel de los sectores privados en las empresas públicas.**

Desde *el Primer Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social* (durante los años 1961 a 1966 –B.E. 2504 a 2509-) hasta *el Décimo Plan* (durante los años 2001 a 2006 –B.E. 2545 a 2549-), se dio bastante empuje a las privatizaciones, como objetivo principal de políticas para alcanzar la meta establecida. Una medida práctica en el plano ejecutivo fue la promulgación o modificación de leyes, reglas y normas pertinentes para impulsar el papel del sector privado en las empresas públicas. Estas fueron las que se promulgaron en ese momento:

- a. La Ley sobre la Participación del Sector Privado en Operaciones Públicas B.E.2535 (1992) (vigente)*

Es la Ley que establece las medidas relacionadas con la concesión al sector privado, los procedimientos y la evaluación de desempeños acerca de la participación del sector privado en operaciones públicas. Los principios principales de esta Ley son acerca del sector público que va a co-invertir con el sector privado. Los procedimientos involucrados de esta Ley se pueden mostrar en siguiente Gráfico, *Gráfico II, Proceso de la Ley sobre la Participación del Sector Privado en Operaciones Públicas B.E.2535 (1992)*:



- b. El Reglamento del Ministerio de la Secretaria del Primer Ministro sobre la Distribución de Empresa Pública o Sus Acciones B.E.2504 (1960) (vigente)*

Esta norma es una de las numerosas medidas adoptadas por el Gobierno en esa época para ampliar el papel del sector privado en las empresas públicas tailandesas a través de la distribución de sus acciones. Lo más destacado en este Reglamento es que todas las distribuciones debían ser aprobadas por el Consejo de Ministros.

### **I.1.2 Concepción privatizadora tailandesa después de B.E 2540 (1997)**

Durante los años 1996 a 1997 (B.E.2539 a 2540), el Ministerio de Comunicación dio impulso a la liberalización en el sector de las Telecomunicaciones. En esto consistió la iniciativa del Plan concreto de liberalización y privatización en Tailandia, y las medidas fueron las siguientes:

#### **I.1.2.1 El aumento del papel del sector privado en empresas públicas, según el Acuerdo del Consejo de Ministros en el 1 de abril de 1997 (B.E. 2540)**

Conforme este Acuerdo del Consejo de Ministros, se aplicaron tres medidas principales para aumentar el papel del sector privado en empresas públicas:

- a. La extinción de monopolios en algunas empresas públicas para incrementar eficiencia y calidad de servicios.
- b. La adaptación de las empresas públicas para ser órganos con competitividad.



- c. La creación de un organismo público controlador para vigilar la eficiencia y calidad de la producción para los consumidores.

Además de estas medidas, prácticamente, este Acuerdo inició y sistematizó la privatización de empresas públicas al clasificar estas empresas públicas en dos tipos: en el primer grupo, las que se podían privatizar –se transfirieron las acciones a los privados, es decir, los públicos tenían menos del 50 por ciento de las acciones<sup>80</sup>–, por ejemplo, *Thai Airways*, *Autoridad de Comunicaciones de Tailandia*<sup>81</sup>, *la Organización Telefónica de Tailandia*<sup>82</sup>, *Autoridad Portuaria de Tailandia*<sup>83</sup>; en el segundo grupo, las que todavía estaban en manos públicas, por ejemplo, *Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia*<sup>84</sup>, *Autoridad de Ferrocarril de Tailandia*<sup>85</sup>. Esta clasificación fue el comienzo del procedimiento privatizador en Tailandia que se desarrollaría más tarde.

#### **I.1.2.2 Aprobación del Plan Maestro de la reforma de empresas públicas, según el Acuerdo del Consejo de Ministros del 1 de septiembre de 1998 (B.E. 2541)**

El Consejo de Ministros aprobó el Plan Maestro sobre la reforma de empresas públicas el 1 de septiembre de 1998 (B.E. 2541), con el fin de

---

<sup>80</sup> En Tailandia, el concepto de empresa pública se define en una normativa llamada *La Ley del procedimiento presupuestario del Estado de año 2502 (1959)* así “la empresa pública es una organización del Gobierno o una empresa en que el Estado o sector público tiene su acciones más de cincuenta por ciento”. Es decir, en cualquier sector público, si el Estado tiene más del cincuenta por ciento de las acciones es de una empresa, esta se configura como empresa pública. Por lo tanto, las empresas públicas en Tailandia tienen su cifra indeterminada dependiente de la inversión del sector público en cada momento.

<sup>81</sup> En inglés: *the Communications Authority of Thailand (CAT)*.

<sup>82</sup> En inglés: *the Telephone Organization of Thailand (TOT)*.

<sup>83</sup> En inglés: *the Port Authority of Thailand (PAT)*.

<sup>84</sup> En inglés: *Electricity Generating Authority of Thailand (EGAT)*.

<sup>85</sup> En inglés: *State Railways of Thailand (SRT)*.

determinar las directrices en relación con las privatizaciones, reestructurar empresas públicas, aumentar la calidad de producciones y servicios.

Este Plan sólo se refería a cuatro tipos de negocios: energías, telecomunicaciones, aguas potables, transportes. Se puede decir que este Plan fue un gran paso como fase preparatoria de las privatizaciones que seguirían.

### **I.1.2.3 Asistencias financieras del Fondo Monetario Internacional -FMI-**

En 1997, Tailandia fue rescatada por el Fondo Monetario Internacional –en adelante FMI-, lo que se hizo preciso debido a la profunda recesión financiera; el Ex-Primer Ministro CHAOWALIT YONGJAIYUT, el 22 de julio de dicho año, acordó recibir como rescate por parte del FMI una cantidad de 17.200 millones de dólares.

A partir de este rescate, Tailandia tuvo que cumplir las condiciones que el FMI impuso, denominadas *las Cartas de Intención* (en inglés: *Letter of Intent: LOI*). Una de las medidas de esta Carta se dedicaba a las empresas públicas y al aumento del papel del sector privado de modo urgente.

Durante el periodo de rescate Tailandia estaba bajo las directivas de las políticas de restauración, entre 1997 a 2003<sup>86</sup>, el FMI impuso medidas

---

<sup>86</sup> El rescate de FMI de Tailandia se produjo entre 1997 y 2005, sin embargo, con el intento de crear el ambiente de confianza en los inversores extranjeros, el Gobierno devolvió el préstamo en 2003, es decir, antes de dos años del vencimiento. Por eso, Tailandia estuvo bajo del control de políticas nacionales en el ámbito económico y jurídico casi 6 años.

concretas respecto a las privatizaciones tailandesas, por ejemplo, poniendo el énfasis en las participaciones del sector privado en forma BOT (*Build-Operate-Transfer Arrangements*<sup>87</sup>), la privatización de algunas empresas públicas concretas con plazo determinado, la creación de un organismo controlador de privatizaciones, como la Secretaria de Privatizaciones –aunque en ese momento aun no había sido fundada concretamente-, la negociación con trabajadores de empresas públicas sobre el intento de privatización.

Sin embargo, una de las medidas destacadas del FMI fue la iniciativa de promulgación de una Ley como herramienta del Gobierno para privatizar numerosas empresas públicas que fue *Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*. Aunque las medidas del FMI fueron beneficiosas para incentivar la economía del país, afectaron a parte de la soberanía del país porque teníamos que escucharle antes de aplicar todas las políticas, sobre todo en relación con asuntos económicos.

#### **I.1.2.4 Iniciativa de la Ley sobre las Sociedades de Capital Público como herramienta de privatización de las empresas públicas.**

Conforme al impulso dado por el FMI y la política de aumento del papel de la entidad privada en las empresas públicas, el Parlamento tailandés aprobó

---

<sup>87</sup> Es una forma de financiación de proyectos, en el cual una entidad privada recibe una concesión del sector público para financiar, diseñar, construir y operar una instalación estipulada en el contrato de concesión. Esto permite que el promotor del proyecto recuperar sus gastos de inversión, operación y mantenimiento del proyecto.

*la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*<sup>88</sup>. Esta norma se refiere a la transformación de propiedades de empresas estatales con el fin de introducir técnicas de gestión corporativa para la administración, y sobre todo es un precursor de la privatización de forma parcial o total. Es un modelo común para que las instituciones del Estado operen como sociedades mercantiles. Los detalles de la regulación de esta Ley se pueden explicar del modo siguiente:

#### **I.1.2.4.1 Núcleo central de la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)**

*La Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* es una herramienta para cambiar una empresa de carácter público a una empresa privada -sociedad limitada o anónima-. Sin embargo, tras dicha transformación esta empresa aun está bajo control estatal<sup>89</sup>.

#### **I.1.2.4.2 Empresas públicas sujetas a la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)**

El artículo 3 de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* define el término de *empresas públicas* como aquellas que “*se establecen en la Ley del Procedimiento Presupuestario del Estado que no son sociedad limitada o anónima*”

---

<sup>88</sup> Se adjunta en el Anexo II de esta Tesis.

<sup>89</sup> Si el Estado tiene más del cincuenta por ciento de las acciones es público.

Según esta definición, el término *empresa pública* tiene dos elementos principales: primero, la definición misma de la empresa pública en *la Ley del Procedimiento Presupuestario del Estado B.E. 2502 (1959)*; segundo, la excepción del ámbito de las empresas públicas de aquellas que poseen forma de sociedad limitada o anónima. Así pues, se puede hacer alusiones de empresas públicas sujetas a la *Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* en párrafos siguientes:

**a. Empresas públicas que se definen en la Ley del Procedimiento Presupuestario del Estado B.E. 2502 (1959)**

El artículo 4 de *la Ley del Procedimiento Presupuestario del Estado B.E. 2502 (1959)* establece la definición de empresa pública del siguiente modo:

- (a) Organismos de Gobierno u órganos mercantiles que posee el Gobierno.
- (b) Sociedades mercantiles o sociedades colectivas en las que la entidad pública posee más de cincuenta por ciento.
- (c) Sociedades mercantiles o sociedades colectivas en las que las entidades mencionadas en (a) o (b) poseen más de cincuenta por ciento<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> En cuanto al alcance español de este término, el artículo 3 de la Ley, 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria establece que el subsector público empresarial está integrado por:

- a) Las entidades públicas empresariales (EPE).
- b) Las sociedades mercantiles estatales (SME).
- c) Las entidades estatales de derecho público que no sean organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado y no sean entidades públicas empresariales (EPE), dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
- d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

Según esta definición, se puede concluir que el término *empresa pública* conforme esta Ley es una organización del Gobierno o empresas en las que el Gobierno o el sector público poseen más de cincuenta por ciento.

#### **b. Tipos de empresas públicas existentes en Tailandia**

Cada empresa pública se regula por normas distintas que fijan su objeto. En cuanto a las empresas estatales con finalidad de seguridad soberana y las que tienen relación con los servicios públicos se establecen por norma con rango de ley, mientras que las empresas con menor importancia no se forman por norma con rango de ley, sino por Real Decreto. Además, algunas se constituyen con arreglo a normas de derecho privado como entidad privada en forma de sociedad limitada o anónima. Por eso, se pueden clasificar tipos de empresas públicas en Tailandia del siguiente modo:

##### **b.1 Empresas estatales de Derecho público**

###### **b.1.1 Empresas estatales organizadas por ley específica**

Estas empresas estatales se establecen por norma con rango de Ley ordinaria. La mayoría son las que se corresponden con los servicios públicos o servicios con mayor importancia, por ejemplo:

- Banco Nacional de Tailandia: Ley de Banco Nacional de Tailandia del año B.E.2485 (1942)
- Autoridad Portuaria de Tailandia: Ley de Autoridad Portuaria de Tailandia del año B.E.2494 (1951)

- Autoridad de Ferrocarril de Tailandia: Ley de Autoridad de Ferrocarril de Tailandia del año B.E.2494 (1951)
- Autoridad Metropolitana de Electricidad: Ley de Autoridad Metropolitana de Electricidad del año B.E.2501 (1958)
- Autoridad Regional de Electricidad: Ley de Autoridad Regional de Electricidad del año B.E.2503 (1960)
- Organización Farmacéutica Gubernamental: Ley de Organización Farmacéutica Gubernamental del año B.E.2509 (1966)
- Autoridad Metropolitana de Agua: Ley de Autoridad Metropolitana de Agua del año B.E.2510 (1967)
- Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia: Ley de Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia del año B.E.2511 (1968)
- Organización Gubernamental de Loterías: Ley de Organización Gubernamental de Loterías del año B.E.2517 (1974)
- Autoridad Regional de Agua: Ley de Autoridad Regional de Agua del año B.E.2522 (1979)
- Autoridad Turística de Tailandia: Ley de Autoridad Turística de Tailandia del año B.E.2522 (1979)
- Autoridad Deportiva de Tailandia: Ley de Autoridad Deportiva de Tailandia del año B.E.2528 (1985)
- Banco de Exportación e Importación de Tailandia: Ley de Banco de Exportación e Importación de Tailandia del año B.E.2536 (1993)
- Autoridad Nacional sobre la Vivienda: Ley de Autoridad Nacional sobre la Vivienda del año B.E.2537 (1994)

b.1.2 Empresas estatales organizadas por el Real Decreto basado en *la Ley de Órganos del Gobierno B.E.2496 (1953)*

*La Ley de Órganos del Gobierno B.E.2496 (1953)* es una norma específica de Tailandia que otorga poder a los Ejecutivos para establecer empresas estatales con objetivos de intereses financieros del Estado, para colaborar en la reducción de gastos públicos<sup>91</sup>. Los ejemplos de este tipo de empresas estatales son los siguientes:

- Organización de Transporte Público de Bangkok: del Real Decreto de Organización de Transporte Público de Bangkok del año B.E.2519 (1976)
- Organización del Mercado: del Real Decreto de Establecimiento de Organización del Mercado del año B.E.2495 (1952)
- Organización de Industria de Curtidos: del Real Decreto de Organización de Industria de Curtidos del año B.E.2498 (1955)
- Organización de Baterías: del Real Decreto de Organización de Baterías del año B.E.2498 (1955)
- Organización Industrial de Bosques: del Real Decreto de Establecimiento de Organización Industrial de Bosques del año B.E.2499 (1956)
- Organización de Parque Zoológico: del Real Decreto de Establecimiento de Parque Zoológico del año B.E.2497 (1954)
- Organización de Tratamiento de Aguas Residuales: del Real Decreto de Establecimiento de Organización de Tratamiento de Aguas Residuales del año B.E.2538 (1995)

---

<sup>91</sup> Se establece esta idea en el artículo 3 de *la Ley de Órganos del Gobierno B.E.2496 (1953)*.



Se puede apreciar que las empresas públicas tailandesas organizadas por dichos Reales Decretos poseen características semejantes a la de los negocios privados.

#### b.2 Empresas estatales de Derecho privado

Algunas empresas estatales tienen por objeto gestionar y dirigir negocios privados con ánimo de lucro, que se pueden clasificar en dos tipos:

##### b.2.1 Empresas estatales organizadas de acuerdo con el Código Civil y Comercial.

Son las que se organizan del mismo modo de que las sociedades mercantiles. Sin embargo, el Estado detenta sus acciones en más del 50 por ciento con la flexibilidad de funcionamiento como entidad privada. Los ejemplos son los siguientes:

- La compañía de Madera Contrachapada de Tailandia S.L.
- La compañía de Muelle de Bangkok S.L.
- La compañía de Transporte S.L.

##### b.2.2 Empresas organizadas de acuerdo con *la Ley de Sociedad Anónima B.E. 2535 (1992)*.

*La Ley de Sociedad Anónima B.E. 2535 (1992)* es una norma de configuración de los grandes negocios. En Tailandia, hay algunas empresas públicas que poseen esta forma, en las que el Gobierno detenta sus acciones más de 50 por ciento, entre ellas:

- Thai Airways S.A
- Bang Jark Petróleo S.A.
- Banco Krung Thai S.A.
- Banco Rathanasin S.A.
- Banco Srinakorn S.A.
- Banco Mahanakorn S.A.
- Banco Nakornlunangthai S.A.

### b.3 Empresas estatales organizadas por Acuerdo del Consejo de Ministros

Son las que se organizan por Acuerdo del Consejo de Ministros. La característica de este tipo de empresas es que no tienen personalidad jurídica, entre ellas, por ejemplo:

- Editorial de Policía, Departamento de Policías
- Fábrica de Azúcar, Departamento de Industrias
- Organización de Bebidas Alcohólicas, Departamento de Aduanas e Impuestos
- Fábrica de Naipes, Departamento de Aduanas e Impuestos

En conclusión, según dichas clasificaciones, las empresas públicas sujetas a *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* son solamente las de primer y tercer grupo, -las empresas estatales de Derecho público y las empresas estatales organizadas por Acuerdo del Consejo de Ministros-, no se incluyen las empresas del segundo tipo -las empresas estatales de Derecho privado-, porque los capitales y personalidad jurídica ya son de derecho privado.

**c. Transformación de empresas de carácter estatales a privadas, según la Ley sobre las Sociedades de Capital Público**

Las características más destacadas respecto de la transformación de empresas públicas, conforme *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*, son dos: primero, esta Ley no obliga a que todas las empresas públicas tengan que ser transformadas obligatoriamente; y segundo, la alteración se puede hacer en forma total o parcial, es decir, se puede transformar la forma jurídica de empresa pública a la forma de empresa privada, -la sociedad mercantil-, de manera total o parcial.

**c.1 Sujetos involucrados en los procedimientos de transformación conforme a la Ley sobre las Sociedades de Capital Público.**

Según *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*, hay tres órganos importantes en los procedimientos de transformación de empresa pública a privada:

**c.1.1 Consejo de Ministros**

El artículo 16 de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* establece que la transformación de una empresa pública se aprueba por el Consejo de Ministros, es decir, cuando la propia empresa estatal quiere hacer la transformación, va a proponer un proyecto al Ministerio de adscripción de tal empresa para solicitar su aprobación que se traslada al *Comité de Transformación de empresas públicas*, -cuyas competencias serán explicadas en los párrafos que siguen-. Cuando *el Comité de Transformación de empresas públicas* da el visto bueno, se traslada el proyecto al Consejo de

Ministros para que se apruebe, y luego, se siguen los procedimientos siguientes establecidos en dicha Ley. Así pues, en el procedimiento de transformación el Consejo de Ministros tiene un mandato absoluto para decidir cuál es la empresa pública transformable, su decisión es decisiva, y en la actualidad, el Tribunal Constitucional o los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo no pueden fiscalizar este tipo de discrecionalidad.

#### c.1.2 Comité de Transformación de empresas públicas

Se configura este Comité en virtud del artículo 5 de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*<sup>92</sup>. El *Comité de Transformación de empresas públicas* está integrado por el Primer Ministro -como Presidente del Comité-, con un máximo de 15 Ministros<sup>93</sup>, nombrados por el Primer Ministro, el Director de Departamento Presupuestario del Estado, el Secretario General del Consejo de Estado, el Secretario General del Comité de Desarrollo Económico y Social Nacional, con un máximo de 6 Miembros, designados de acuerdo con el criterio de idoneidad nombrados por el Consejo de Ministros, y el Secretario General de Ministerio de Economía que es miembro de pleno derecho es Secretario de Comité. Las competencias de este Comité son emitir dictámenes al Consejo de Ministros sobre la concepción y la forma de la transformación, controlar la audiencia pública<sup>94</sup> de los relacionados, entre otras cuestiones. Para evitar los conflictos de

---

<sup>92</sup> Se adjunta esta Ley en versión de inglés en el Anexo II de esta Tesis.

<sup>93</sup> En Tailandia, actualmente, el Consejo de Ministros consiste en una Primera Ministra, 6 Viceprimeras Ministras y 29 Ministros (tienen 20 ministerios con 20 Ministros y 9 Viceministros).

<sup>94</sup> Este procedimiento tiene por objeto intercambiar información, explicaciones propuestas sobre aspectos relacionados con la formulación de la transformación de empresa pública a privada.

intereses, durante los tres años posteriores a la renuncia en el cargo, los miembros de este Comité no pueden detentar acciones, ni relacionarse con la empresa transformada, en el ámbito financiero, ni obtener beneficio económico alguno proveniente de la empresa transformada.

Además, *el Comité de Transformación de Empresas Públicas* también interviene en el procedimiento una vez aprobado el proyecto; es decir, cuando el Consejo de Ministros aprueba el proyecto de transformación, se constituye un Comité denominado *Comité de Preparativos de Establecimiento de Empresa Privada* para tramitar los preparatorios en relación con la creación de empresa privada. Cuando este Comité termina su tarea, el informe acerca de la creación de empresa privada se entrega al *Comité de Transformación de empresas públicas* y al Consejo de Ministros, respectivamente, para pedir su visto bueno definitivamente, según así lo prevé el artículo 21 de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*.

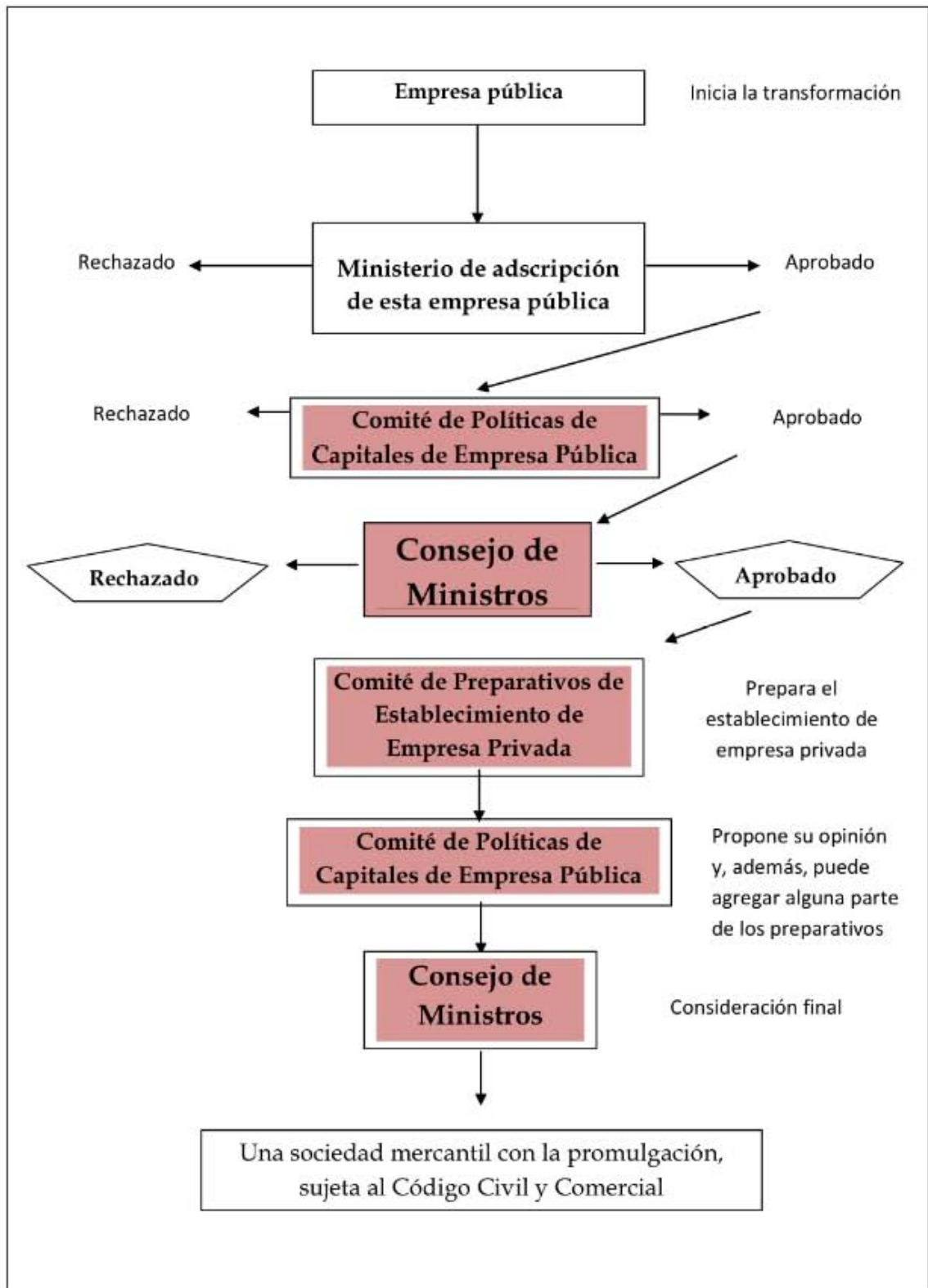
#### c.1.3 Comité de Preparativos de Establecimiento de Empresa Privada

Este Comité es de capital importancia para la transformación de empresa pública porque *el Comité de Preparativos de Establecimiento de Empresa Privada* va a tramitar para la creación de una empresa privada, como consecuencia de transformación, siguiendo con las direcciones y orientaciones del Consejo de Ministros. Este Comité, en virtud de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*, en su artículo 16, está integrado por el Secretario General del Ministerio de adscripción de esta empresa pública, como Presidente del Comité, el Secretario General de Ministerio de Economía, el Director de Departamento Presupuestario del Estado, el Director de Departamento de Registros Comerciales, el Director de la

Auditoría General de la Nación, el máximo mandatario y un representante de esta empresa, no superior a tres Miembros designados bajo el criterio de idoneidad, y por último, un representante del Ministerio de Economía como miembro y secretario de este Comité.

Las competencias de este Comité, según el artículo 19 de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*, son, por ejemplo, preparar los preparativos, por ejemplo, de la creación, del funcionamiento, del sistema del control, entre ellas, en relación a la empresa transformada, bajo las direcciones y orientaciones del Consejo de Ministros; dar opiniones al Consejo de Ministros de cada paso de la transformación; poner nombre de la empresa creada, fijar cantidad de los capitales y la forma estructural de la empresa transformada; redactar borrador *Real Decreto de Imposición del Plazo Derogatorio de la Ley de la Empresa Pública* (para extinguir la ley de creación de empresa pública).

En conclusión, los tres órganos analizados son los que se relacionan profundamente con el procedimiento de transformación de empresa pública de Tailandia. Dicha vinculación se puede observar a través del siguiente Gráfico, *Gráfico III: Procedimiento de transformación de empresa pública de Tailandia:*



#### **d. Empleados de empresas públicas**

En Tailandia, el estatus de los funcionarios del sector público, los empleados de empresas públicas, y los trabajadores de la entidad privada es completamente distinto, tanto en el aspecto jurídico como en los beneficios asociados. Los empleados de empresas estatales son los que mayor lucro obtienen, y reciben mejores beneficios (de asistencia social). Por lo tanto, en Tailandia, la transformación de empresa pública a privada resultaría ser una preocupación para los empleados de empresa pública toda vez que este procedimiento afecta a su carrera laboral.

Sin embargo, la *Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* intenta paliar dicha preocupación por formar diversas garantías de su carrera para los empleados de empresa estatal cuando esta se transforma, en su artículo 25. Se garantiza que cuando se inscribe como empresa privada en el Registro Mercantil, los empleados de empresa pública van a ser trasladados automáticamente a la empresa privada establecida como trabajadores con las mismas remuneraciones y los mismos beneficios, además, se consideran los periodos de trabajo en la empresa estatal como tiempo transcurrido en la entidad privada establecida a efectos de cómputo.



## **I.2 Análisis comparativo de la empresa pública en el ámbito español y tailandés**

En cuanto al término “empresa pública”, en el sentido español, se puede deducir desde la CE, es decir, se fija en el artículo 128, respecto a la iniciativa pública empresarial que: *“se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en el caso del monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”* Según este artículo, se reconoce la posibilidad del Estado para intervenir como agente económico o como empresario en el ámbito socio-económico. Además, se explicó por el Tribunal Supremo español, Sala tercera, Sección primera, en la Sentencia de 10 de octubre de 1989, sobre la creación de empresas públicas por las Administraciones públicas y el contenido y los límites de la iniciativa pública empresarial, que:

*(...)La creación de empresas públicas para fines comerciales, que es legalmente posible, está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciada en el momento de la creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo, ni indirecto, a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado(...)*<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> En la citada sentencia de 10 de octubre de 1989, que tiene por objeto la legalidad del Acuerdo Municipal de constitución de una sociedad privada municipal por el Ayuntamiento de Barcelona, concurre el análisis de varios asuntos del mayor interés en

Siguiendo con las normativas relacionadas con la empresa estatal en el ámbito español. Las normativas jurídicas españolas que relacionan con el término empresa pública son la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria -modificada por la Ley 2/2004<sup>96</sup>, de 27 de diciembre, por la Ley 22/2005<sup>97</sup>, de 18 de noviembre y por la Ley 30/2005<sup>98</sup>, de 29 de diciembre, dividiéndolo en tres subsectores, a saber: el administrativo, el empresarial y el fundacional-, la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado -LOFAGE-, y la Ley 30/1992, de 24 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, entre ellas. Dichas normativas son importantes para comprender el término empresa pública de España. Sin embargo, lo más importante se establece en la Ley General Presupuestaria, el artículo 3, detallando que el subsector público empresarial está integrado por:

---

relación a la creación de empresas públicas. Por una parte, la propia conceptualización de la iniciativa pública empresarial, por otra la doctrina según la que los Tribunales pueden entrar a controlar la actuación administrativa discrecional desplegada para la creación de empresas públicas, y, finalmente, la aplicación a la actividad de las empresas públicas de la limitación que suponen los artículos 85 y siguientes del Tratado de Roma.

<sup>96</sup> Es la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005.

<sup>97</sup> Es la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporan al Ordenamiento Jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea.

<sup>98</sup> Es la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.

- a. Entidades públicas empresariales (EPE): que es una clase de Organismo público<sup>99</sup> perteneciente a la Administración General del Estado de España, que tiene personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión. Este tipo de entidades es las entidades de Derecho Público a nivel estatal.

Las EPEs aparecen definidas en el artículo 53 de la LOFAGE, que les atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Las potestades administrativas atribuidas a las entidades públicas empresariales sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos de éstas a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad. No obstante, los órganos de las entidades públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración General del Estado, salvo las excepciones que, a determinados efectos se fijen, en cada caso, en sus estatutos.

La creación de las entidades públicas empresariales se efectuará por Ley. Esta Ley de creación establecerá los contenidos siguientes:

---

<sup>99</sup> En España, las entidades públicas empresariales es un tipo del organismo público, que es un tipo de entidad de Derecho público dependiente de la Administración General del Estado de España, que posee personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos que la Ley prevea. Según el Artículo 43 de la LOFAGE, los organismos públicos se clasifican en Organismos Autónomos, Entidades públicas empresariales y Agencias Estatales.

(a.1) El tipo de entidades públicas empresariales que crea, con indicación de sus fines generales, así como el Ministerio u Organismo de adscripción.

(a.2) En su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley.

En cuanto a la organización y funcionamiento, las Entidades Públicas Empresariales se regirán por los criterios establecidos en el Título I de la LOFAGE, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas en la misma norma, en consideración a la naturaleza de sus actividades. Además, acerca del ámbito jurídico, las Entidades Públicas Empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria.

Por tanto, se puede decir que las Entidades Públicas Empresariales son el resultado de un proceso de descentralización funcional de determinadas actividades públicas que anteriormente eran realizadas de forma centralizada por la Administración Territorial correspondiente (en este caso, la Administración General del Estado). No obstante, están vinculadas a dicha Administración y dependen de un Ministerio u Organismo autónomo. El órgano al que se hallen adscritas se ocupará

de la dirección estratégica, la evaluación y el control de los resultados de su actividad.

Acerca del patrimonio de las Entidades Públicas Empresariales, las EPEs, además de patrimonio propio, pueden tener bienes adscritos por la Administración General del Estado. El régimen de gestión de sus bienes patrimoniales propios es el establecido para los Organismos autónomos, salvo lo que se disponga en la Ley de creación de estas entidades o, en su caso, en la norma de adecuación legislativa, en atención a las peculiaridades de su actividad.

En cuanto a la concepción de la contratación de las Entidades Públicas Empresariales, se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Será necesaria la autorización del titular del Ministerio al cual se encuentren adscritas para celebrar contratos de cuantía superior a la previamente fijada por el mismo. Y sobre el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero de las Entidades Públicas Empresariales, será el establecido en la Ley General Presupuestaria.

- b. Las Sociedades Mercantiles Estatales (SMEs) son aquellas en las que el Estado detenta directa o indirectamente más de un 50% del capital social -existen también en España las Sociedades Mercantiles en las que el Estado posee menos del 50% del capital, pero este tipo de sociedad no entra dentro de las previsiones del término “empresa pública”

española-. Este tipo de entidades tienen una naturaleza jurídico-privada, es decir, son entidades de derecho privado, quedando sus actividades sujetas al Ordenamiento Jurídico-privado.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas -LPAP-, en su artículo 166 define a las sociedades mercantiles estatales, entendiendo por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que integran el sector público (estatal, autonómico o local), sea superior al 50 por ciento. Se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el Ordenamiento Jurídico privado, y por la LPAP en los términos estudiados en el Capítulo II, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación, y en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. Esto, en relación con la disposición adicional duodécima de la LOFAGE, que establece que aquellas que revistan forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos Públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el Ordenamiento Jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.

En cuanto al régimen jurídico, las Sociedades Mercantiles Estatales se rigen por el Derecho privado, aunque de acuerdo con la Ley 33/2003, de

3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, se les aplica por dicha Ley, en los supuestos que en ella se prevé, así como por la Ley General Presupuestaria, que establece diversas obligaciones como la elaboración de un presupuesto de explotación y de capital o en su caso el programa de actuación plurianual (el artículo 64<sup>100</sup> de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), presentación de cuentas e informes (art. 129.3<sup>101</sup> de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria).

---

<sup>100</sup> La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, el artículo 64 establece sobre la concepción presupuestaria de sociedad mercantil estatal que:

*1. Las sociedades mercantiles estatales y las entidades públicas empresariales elaborarán un presupuesto de explotación que detallará los recursos y dotaciones anuales correspondientes. Asimismo, formarán un presupuesto de capital con el mismo detalle. Los presupuestos de explotación y de capital se integrarán en los Presupuestos Generales del Estado.*

*También elaborarán presupuestos de explotación y de capital las entidades a que se refieren los párrafos g y h del apartado 1 del artículo 2, integradas en el sector público empresarial. Las referencias realizadas en este capítulo a las entidades públicas empresariales se aplicarán asimismo a las entidades expresadas en este párrafo.*

*Los fondos a que se refiere el apartado 2 del artículo 2 de esta Ley y las fundaciones del sector público estatal elaborarán, igualmente, presupuestos de explotación y de capital.*

*2. Los presupuestos de explotación y de capital estarán constituidos por una previsión de la cuenta de resultados y del estado de flujos de efectivo del correspondiente ejercicio. Como anexo a dichos presupuestos se acompañará una previsión del balance de la entidad, así como la documentación complementaria que determine el Ministerio de Economía y Hacienda.*

*3. Las entidades remitirán los estados financieros señalados en el apartado anterior referidos, además de al ejercicio relativo al proyecto de Presupuestos Generales del Estado, a la liquidación del último ejercicio cerrado y al avance de la liquidación del ejercicio corriente.*

*4. Junto con los presupuestos de explotación y de capital, se remitirá por las entidades una memoria explicativa de su contenido, de la ejecución del ejercicio anterior y de la previsión de la ejecución del ejercicio corriente.*

<sup>101</sup> La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, el artículo 129.3 establece sobre Contenido de las cuentas anuales del de sociedad mercantil estatal que:

*3. Las sociedades mercantiles estatales, las entidades públicas empresariales, el resto de entes del sector público estatal sometidos a los principios y normas de contabilidad recogidos en el Plan General de Contabilidad de la empresa española y las fundaciones del sector público estatal presentarán, junto con las cuentas anuales, un informe relativo al cumplimiento de las obligaciones de carácter económico-financiero que asumen dichas entidades como consecuencia de su pertenencia al sector público.*

Por lo que refiere a los valores o participaciones en el capital social de estas compañías, así como los bienes y derechos que puedan desprenderse de los mismos, tienen la consideración de bienes patrimoniales de la administración o de dominio privado, en contrapartida a los llamados bienes de dominio público.

La adquisición y enajenación de valores que integren el capital social de sociedades mercantiles corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda, previa autorización del Consejo de Ministros, con informe no vinculante de la Dirección General del Patrimonio del Estado. En caso de enajenación, cualquier tercero puede adquirir los títulos conforme a las normas de tráfico privado, sin perjuicio de los supuestos de adjudicación directa previstos en la ley.

- c. Las entidades estatales de derecho público que no sean organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado y no sean entidades públicas empresariales (EPE), dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
- d. Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.



Los consorcios son entidades dotadas de personalidad jurídica, creadas e integradas por diferentes Administraciones Públicas de carácter territorial o institucional de distinto ámbito territorial --estatal, autonómico o local--, e incluso, por entidades privadas, para la realización de finalidades de interés común. Estos son ejemplos de consorcios: el Consorcio del Gran Teatro del Liceo, el Consorcio del Palau de la Música de Catalana, el Consorcio del Centro de Cultura Contemporánea, el Consorcio para la Normalización Lingüística.

Se puede concluir que la empresa pública española se rige por las cuatro normativas principales, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; la Ley 30/1992, de 24 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común; y la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En comparación con el alcance de la definición de empresa pública, tal y como se ha explicado detalladamente en los párrafos que anteceden, la de la tailandesa principalmente se fija en la *Ley del Procedimiento Presupuestario del Estado B.E. 2502 (1959)*, el artículo 4, pudiendo concretarse en los siguientes tres tipos:

- (1) Organismos de Gobierno u órganos mercantiles que posee el Gobierno.
- (2) Sociedades mercantiles o Sociedades Colectivas en las que la entidad pública posee más de cincuenta por ciento.

- (3) Sociedades mercantiles o sociedades colectivas en las que las entidades mencionadas en (1) o (2) poseen más de un cincuenta por ciento.

De acuerdo con este artículo, es posible clasificar comparativamente con la concepción española y vislumbrar una semejanza respecto del tipo tailandés número (1) con las entidades públicas empresariales (EPEs) de España; y las sociedades mercantiles del número (2) y (3) parecidas a las sociedades mercantiles estatales (SMEs) de España. No obstante tales semejanzas, es necesario afirmar que la concepción de las entidades estatales de derecho público y los consorcios del artículo 3.2.c de la Ley General Presupuestaria, no son definidas como empresa pública en el ámbito tailandés.

Como es sabido, en Tailandia, la transformación de forma jurídica de una empresa pública a privada es fundamental para la privatización, siendo como el paso inicial del procedimiento de privatización, por eso, una de las cuestiones planteadas en este trabajo es el problema sobre la potestad del Consejo de Ministros tailandés que el mismo puede extinguir la Ley de creación de la empresa pública, poder que se rige por el artículo 28 apartado 1 de la *Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* de este modo:

*“Para el supuesto de que el Consejo de Ministros acuerde extinguir una empresa pública, se considera extinta la ley de creación de empresa pública conforme al plazo fijado en el Real Decreto.”*

Conforme a lo establecido en este artículo, cuando el Consejo de Ministros tailandés tiene acordada la extinción de una empresa pública, la Ley de creación de esta empresa estatal se deroga en plazo establecido en el Real Decreto, por ejemplo, seis meses o un año, es decir, se puede promulgar un Real Decreto previo al Acuerdo del Consejo de Ministros tailandés para derogar la Ley de creación de una determinada empresa estatal. Esto conlleva una polémica: ¿puede una norma de rango inferior derogar una ley con rango superior? y este artículo ¿sería contrario al principio de jerarquía normativa?

Esta controversia se ha trasladado a manos del Tribunal Constitucional tailandés para decidir sobre la constitucionalidad del artículo 28 apartado 1 de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*. El Alto Tribunal de Tailandia ha fallado, en el Pronunciamiento número 50/2542, del 4 de noviembre de 1999 (B.E.2542), que este artículo es constitucional con razón de que esta Ley tiene por objeto establecer una herramienta del Estado cuando el Poder Ejecutivo –el Consejo de Ministros– piense que es necesario transformar una empresa pública a una sociedad mercantil, tanto en forma de sociedad limitada como de sociedad anónima, pero dicha empresa aun continúa siendo de titularidad del Estado, la titularidad no cambia, es decir, todavía es del Estado con las mismas competencias. Éste es el paso inicial y principal para privatizar una empresa pública para pasar a ser en un futuro una entidad privada completa, a través de la venta de acciones a manos privadas. Además, el artículo 22 de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* asegura que el Ministerio de Economía todavía detenta la mayoría de acciones, por eso, el Estado aun es el verdadero titular de esta organización y el estatus como organismo

estatal con estructura y configuración estricta no se extingue. Según estas razones, lo que se establece en el artículo 28 apartado 1 no significa que la forma de organismo estatal de la empresa pública se suprime por este acuerdo, sino este acuerdo es sólo una condición jurídica, con el plazo fijado en el Real Decreto, como herramienta de transformación. Cuando se cumplan los dos requisitos -condiciones y plazos derogatorios-, la Ley de creación de una empresa pública se suprime. Éste es el procedimiento para que se cumplan los requisitos de la derogación de la Ley de creación de una empresa pública. Por lo argumentado, el Tribunal Constitucional Tailandés ha decidido que este artículo es constitucional.

Como es sabido la relación entre las normas del ordenamiento pueden inspirarse en el principio de jerarquía entre ellas, De acuerdo con ello, una norma con rango inferior nunca puede contener preceptos que sean contrarios a una Ley con rango superior, y tampoco la norma con rango inferior puede derogar ni modificar una norma superior. De esta cuestión se habla en España ampliamente. La CE, según el profesor Santamaría Pastor, es el instrumento definidor de las formas de producción de las normas jurídicas, y es también una norma de atribución de potestades normativas: determina los órganos e instancias habilitadas para producir normas jurídicas generales, determina las formas externas bajo las cuales las normas jurídicas se producen (Ley orgánica, Estatutos de autonomía, Decreto ley, Decreto legislativo, Reglamentos, Convenios colectivos) y define, asimismo, las materias que cada tipo de normas puede regular, estableciendo las materias reservadas en exclusiva a la ley. La CE, además, se configura como la norma de rango superior de todo el sistema normativo, configuración que supone un conjunto de condicionamientos

jerárquicos impuestos al resto de normas del Ordenamiento Jurídico<sup>102</sup>. El rango jerárquico de las normas españolas comprende desde el más elevado, la Constitución, seguidas por normas infra-constitucionales. Además, con el sistema de organización territorial y de Gobierno de las CCAA, la Constitución también establece la competencia de las Comunidades Autónomas en la regulación de ciertas materias, y su capacidad de dictar leyes mediante sus propios Parlamentos. En un trámite conjunto entre el Parlamento Autonómico y el Parlamento nacional se dicta el Estatuto de Autonomía, que se constituye como norma constitutiva y fundamental de la Autonomía. Después de ésta, la prelación normativa en el ámbito de la Comunidad está configurada por las leyes aprobadas por el Parlamento Autonómico en las materias de su competencia y, en un nivel inferior, por los reglamentos dictado por el ejecutivo autonómico.

Esta idea es compartida en Tailandia, orden de prelación normativa es, respectivamente, la Constitución (la actual es la Constitución tailandesa de 2007 (B.E.2550)<sup>103</sup>), las Leyes orgánicas (en Tailandia, el Alto Tribunal ha establecido que la Ley orgánica es la ley de mayor rango jerárquico, por encima de la Ley ordinaria), Leyes ordinarias, Decreto-Ley (sólo se promulgan en el caso de emergencias y después debe ser aprobado por el Parlamento con el Legislativo y se cambia el nombre y rango pasando a ser Ley orgánica), Real Decreto (aprobado por el Consejo de Ministros), Orden

---

<sup>102</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. El Sistema de Fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la Revista de Administración Pública (1950-2000). *Revista de Administración Pública*. 1999, núm 150. pp. 535 y ss.

<sup>103</sup> La Constitución de Tailandia de 2007 es un texto constitucional para el Reino de Tailandia ratificado en referéndum el 19 de agosto de 2007 y que fue aprobado el 5 de julio de 2007 por un Comité Constitucional creado por la Asamblea Nacional elegida por la Junta Militar después del golpe de Estado de 2006. Es la decimoctava constitución de Tailandia desde que se abolió la monarquía absoluta en la década de 1920.

Ministerial (dictado por un Ministro pero tiene que aprobarse por el Consejo de Ministros), Normativas, Reglamentos emanados de la potestad ejecutiva, respectivamente.

Además de lo dicho más arriba, para reflexionar sobre cuestión de modo comparado, se puede observar que una Ley española, la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado - LOFAGE-, en su artículo 64, establece el modo de la extinción y liquidación de Organismos Públicos, e incluye la extinción de la Ley de creación de una empresa estatal española del siguiente modo:

*“1. La extinción de los Organismos autónomos y entidades públicas empresariales se producirá:*

- a. Por determinación de una Ley.*
- b. Mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y a iniciativa del Ministro de adscripción o, en todo caso, de acuerdo con el mismo, en los casos siguientes:*

*Por el transcurso del tiempo de existencia señalado en la Ley de creación.*

*Porque la totalidad de sus fines y objetivos sean asumidos por los servicios de la Administración General del Estado o por las Comunidades Autónomas.*

*Porque sus fines hayan sido totalmente cumplidos, de forma que no se justifique la pervivencia del Organismo público.*

*2. La norma correspondiente establecerá las medidas aplicables al personal del Organismo afectado en el marco de la legislación reguladora de dicho personal. Asimismo, determinará la integración en el Patrimonio del*

*Estado de los bienes y derechos que, en su caso, resulten sobrantes de la liquidación del Organismo, para su afectación a servicios de la Administración General del Estado o adscripción a los Organismos públicos que procedan conforme a lo previsto en las disposiciones reguladoras del Patrimonio del Estado, ingresándose en el Tesoro Público el remanente líquido resultante, si lo hubiere.”*

Este artículo es semejante al artículo 28 de la Ley sobre las Sociedades de Capital Público de Tailandia, siendo la normativa habilitante para la derogación de la Ley de creación de empresa estatal. Además también resulta la cuestión regulada en el artículo 64, apartado 1.b de la LOFAGE que acepta la derogación de la ley de creación de la entidad pública empresarial española por el Real Decreto dictado por el Consejo de Ministros.

En relación con la cuestión planteada más arriba -sobre el conflicto del artículo 28 de la Ley sobre las Sociedades de Capital Público de Tailandia al principio de jerarquía normativa-, se entiende que puede derogarse por el Real Decreto si la norma con rango de ley lo permite. Es decir, la Ley sobre las Sociedades de Capital Público de Tailandia es una norma con rango legal, por lo tanto, el Parlamento prevé que no hay que llevar hasta él para aprobar una ley, sino que se puede aprobar, de modo más fácil y ágil, por el gobierno a través de un Real Decreto para derogar o extinguir la ley de creación de empresa estatal. Por lo tanto, en este caso no es una contradicción de un Real Decreto con una ley, sino que es el caso de la

extinción de una norma por otra de igual rango, no se infringe el principio de jerarquía normativa.

No obstante, puede observarse entre el artículo 28 de la Ley de Tailandia y el artículo 64 de la LOFAGE, dado que la Ley Tailandesa habilita esta competencia para derogar la ley de creación de una empresa estatal en manos del Consejo de Ministros a través del Real Decreto en todos los casos, mientras que la Ley española establece esta competencia para el Consejo de Ministros solamente supuestos tasados y limitados. Es decir, en el caso de España la regla es que si las entidades públicas empresariales se crean por ley, se pueden suprimir por una norma con rango de ley; pero frente a este principio existen algunas excepciones previstas en el artículo 64 de la LOFAGE por el que se pueden derogar a través de Real Decreto acordado en el Consejo de Ministros -a propuesta conjunta de los Ministros de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, y a iniciativa del Ministro de adscripción o, en todo caso, de acuerdo con el mismo- con las siguientes condiciones:

- a. En primer lugar, es que en la Ley de creación se haya previsto la creación de esos Organismos Públicos para un tiempo determinado, por ejemplo, la ley de creación se dicta por un plazo de diez años, al cumplirse dicho período de tiempo, dicha ley de creación se puede extinguir a través de un Real Decreto.
- b. En segundo lugar, es que la totalidad de sus fines y objetivos hayan sido asumidos por los servicios de la Administración Estatal o Autonómica, este caso implica que, no se fija el plazo concreto en la ley, pero los servicios por una decisión posterior se asumen por la propia



Administración. Por ejemplo, los Organismos Públicos en materia de promoción de viviendas.

- c. En tercer lugar, fines que hayan sido cumplidos en su totalidad, por ejemplo, la celebración de centenarios, exposiciones, etc.

Se puede concluir que la extinción de empresa estatal española se hace por la Ley, salvo que en los supuestos en que el Organismo se crea por un tiempo determinado o cuando el Organismo ha cumplido su objeto o cuando sus servicios son asumidos por la Administración del Estado o por las Comunidades Autónomas, en cuyo caso, se pueden extinguir Real Decreto, no por la ley.

El artículo 64 de la Ley española regula la posibilidad de que ciertas potestades del Parlamento sean compartidas con el Consejo de Ministros para extinguir la ley de creación. Esto es legítimo y aceptable en Derecho, debido a que en el caso normal, la derogación se produce por ley, y sólo en algunos casos tasados e impuestos puede hacerse por Real Decreto según la LOFAGE. Es decir que es la propia LOFAGE la que limita los supuestos en que procede que el Real Decreto derogue la Ley de creación del organismo. Al contrario que en el caso del artículo 64 de la LOFAGE, en el artículo 28 de la Ley tailandesa, se reconoce sin límites la potestad al Consejo de Ministros para derogar la Ley de creación con carácter ordinario. Esto podría considerarse arriesgado, pudiendo acontecer el problema de conflicto de intereses, que el Gobierno pueda privatizar una empresa pública fácilmente por su potestad sin control, podría conllevarse la

corrupción política<sup>104</sup> en privatizaciones tailandesas, inevitablemente. Además, este fenómeno podría dar lugar a incurrir en lo que la doctrina jurídica comparada denomina *fraude de ley*, para aquellos casos en que se evita la aplicación de una Ley, aplicando otra Ley distinta que, en realidad, no es aplicable al caso. Cuando la Ley que se quiere evitar es la Ley suprema, la Constitución, la doctrina española ha hablado en ocasiones de “fraude de constitución” que sería lo mismo que el *fraude de ley*, pero en los casos en que se evita la aplicación de la letra o el espíritu de un precepto constitucional invocando otro o haciendo una aplicación torcida del mismo. Por ejemplo, si allí donde la Constitución quiere que sea el Parlamento quien, tras el debate correspondiente, apruebe una Ley, la mayoría parlamentaria burla la voluntad de la norma suprema aprobando una Ley, incluso con un solo artículo, en que la competencia para aprobar una regulación material se pasa al Ejecutivo.

Tal comportamiento implica un fraude de Constitución en cuanto parece que, formalmente se respeta la letra de la normas suprema, pero, en realidad se está burlando su espíritu.

La expresión *fraude de ley* se traduce de la palabra latina *fraus legis*. Su origen etimológico no es posible establecerlo de manera unitaria. Sin

---

<sup>104</sup> Como se ha reflejado la cifra de corrupción en el año 2010 por la organización internacional “*Transparencia Internacional: TI*”, se ha mostrado que Tailandia estaba en el rango de 78º de 178 países en total mientras España se situaba en el 30º<sup>104</sup>, Esto significa que la corrupción por parte de los políticos es arriesgada en Tailandia bastante. Publicada en la página [http://www.transparencia.org.es/INDICES\\_GLOBAL\\_DE\\_LA\\_CORRUPCI%C3%93N/INFORME%20GLOBAL%202010/INDICE%20INFORME%20GLOBAL%202010.htm](http://www.transparencia.org.es/INDICES_GLOBAL_DE_LA_CORRUPCI%C3%93N/INFORME%20GLOBAL%202010/INDICE%20INFORME%20GLOBAL%202010.htm) web oficial:  
Consulta efectuada en fecha 01/06/2012.

embargo, en cuanto al término fraude, se pueden mencionar a dos los sentidos en que de ordinario se emplea<sup>105</sup>:

- a. Como infracción, frustración, violación, elusión.
- b. Como engaño, intención maliciosa, abuso de confianza.

Una definición de *Fraude de ley*, desde un punto de vista jurídico, sería “una tentativa hecha de común acuerdo por varios interesados para escapar de la aplicación de una regla jurídica imperativa<sup>106</sup>”. No obstante hay que distinguir entre el fraude de ley como la violación oblicua o indirecta del Derecho, y el fraude de ley como la técnica de interpretación y aplicación que se supone idónea para combatir aquella forma peculiar de vulnerar las normas jurídicas. En la primera acepción, el fraude de ley (como acto, negocio o conjunto de negocios) lo ponen en práctica los individuos en general; en la segunda acepción, el fraude de ley (como técnica) es utilizado por los operadores jurídicos del Derecho (los Jueces y tribunales), etc. En la primera acepción se trata de un intento ingenioso de quebrantar el Ordenamiento Jurídico; en la segunda acepción se trata de un intento de salvaguardar la eficacia o la finalidad práctica de las normas<sup>107</sup>.

En consideración de este fenómeno en España, hablan numerosas obras de reconocidos autores. Uno de ellos, por ejemplo, es el profesor De Castro que define este término del siguiente modo: “es uno o varios actos que originan

---

<sup>105</sup> NAVARRO FERNANDEZ, José Antonio. *El Fraude de ley: Su tratamiento jurisprudencial*. Madrid: Montecorvo, 1988. p.19.

<sup>106</sup> DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo. *El Fraude de Ley*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007. p. 24.

<sup>107</sup> GODOI, Marciano S. *Fraude a la Ley y Conflicto en la Aplicación de las leyes tributarias*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2005. p.21.

un resultado contrario a una norma jurídica<sup>108</sup>". Además, en la jurisprudencia española, habla también de esta realidad. El concepto del fraude de ley acogido de las resoluciones judiciales españolas se basa en "la idea de daño o perjuicio, definiendo mayoritariamente a esta figura como sinónimos de daño o perjuicio conseguido mediante un medio o mecanismo utilizado a tal fin, valiendo tanto como subterfugio o ardid, con infracción de deberes jurídicos generales que se imponen a las personas (...) por eludir las reglas del derecho, pero sin un enfrentamiento frontal, sino al revés, buscando unas aparentes normas de cobertura o una cobertura indirecta, respetando la letra de la norma, pero infringiendo su espíritu, requiriendo como elemento esencial una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad violan el contenido ético de los preceptos en que se amparan, ya se tenga o no conciencia de burlar la ley"<sup>109</sup>.

En conclusión, se puede decir que el *fraude de ley* puede definirse como un ataque indirecto a una norma, aprovechándose de los defectos que presenta o apoyándose de forma artificiosa en otra norma distinta, los relacionados deciden evadir la ley que regule su situación jurídica a fin de beneficiarse con otra. Es el acto realizado con intención maliciosa por el cual se evita la aplicación de la ley aplicable, para obtener un fin ilícito, alterando los puntos de conexión y conseguir así la aplicación de otra ley que le asegura la obtención de un resultado más favorable a su pretensión; admite la existencia de actos que respetan el texto legal pero eluden su aplicación y controvierten su finalidad.

---

<sup>108</sup> NAVARRO FERNANDEZ, José Antonio. *El Fraude de ley: Su tratamiento jurisprudencial*. Ob. cit.p.28.

<sup>109</sup> DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo. *El Fraude de Ley*. Ob. cit. p.24.

El análisis del *fraude de Ley* en el Derecho español vale para el “fraude de Constitución” en el caso de que la norma violada o inaplicada sea un precepto constitucional mediante la cita de otro que no es aplicable o mediante un aparente cumplimiento formal de la Constitución que en realidad implica una violación de la misma.

Puede aplicarse este fenómeno a la consideración del artículo 28 de la Ley sobre las Sociedades de Capital Público de Tailandia. Aunque este texto legal no infringe el principio de jerarquía normativa con razón en que el Consejo de Ministros puede derogar la Ley de creación de empresa pública mediante real decreto -como se han mostrado ya-, podría aplicarse el Fraude de ley a este caso. Es decir, cuando la Constitución regula que cada norma se diferencia en función del órgano de aprobación, esto es la finalidad constitucional y resulta que el órgano competente tenga que cumplirla.

También, en cuanto a la potestad legislativa del Parlamento establecida en la Constitución, éste tiene competencia para considerar, elaborar y aprobar normas jurídicas de un Estado, sin embargo, se podría delegar esta potestad a otro órgano, es decir, es su autoridad para tomar decisión cuáles serían las potestades que deben estar en sus manos, cuáles serían los que se pueden delegar a otro órgano para facilitar sus tareas. La delegación de sus poderes al otro órgano, normalmente, se puede hacer a través de ley, si bien tal delegación no puede ser un cheque en blanco sino que el legislador debe establecer las pautas, principios o criterios esenciales de tal delegación, para que no consista en una abdicación del legislativo en el ejecutivo. Esos

límites se recogen en el artículo 82 de la Constitución española y han sido ratificados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que ha extendido esos límites a otros supuestos impidiendo la aprobación de leyes en blanco o leyes que supongan deslegalizar una materia mediante amplias remisiones al reglamento del ejecutivo.

Sin embargo, en cuanto a la concepción de *fraude de ley* en relación con la cuestión tailandesa, el Consejo de Ministros mediante el Real Decreto, con sujeción de dicha norma, puede extinguir o derogar la ley de creación de empresa estatal en todos los casos, esto supondría que el Parlamento tailandés habría renunciado a ejercer la competencia que le corresponde. La Constitución quiere que se debata una norma con rango de ley en el Parlamento, es decir, desea que haya un debate público y los parlamentarios la revisen, examinen y voten. Pero si una ley con artículo único dice que todas las competencias del Parlamento pasan al Consejo de Ministros, podría ser un *fraude de ley* suprema, es decir, un fraude de Constitución, por contradecir el espíritu y finalidad constitucional, y por fin, conllevaría inevitablemente a la corrupción en el ámbito de las privatizaciones tailandesas.

En cuanto a la solución de esta polémica, sería mejor modificar el artículo 28 apartado 1 de la *Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*, despojando de la competencia al Consejo de Ministros para suprimir la Ley de creación de empresa pública como regla y modificaría que principalmente necesitaría la aprobación de los legisladores para revisar, examinar la legalidad de transformación, a través de la ley de extinción.

Conservando esta potestad en manos del Consejo de Ministros solamente de forma y en supuestos tasados o excepcionales que deberían establecerse clara y expresamente en el texto legal –como lo que se regula en España en el artículo 64 de la LOFAGE-. Esto podría resolver el conflicto de intereses que podría estar produciéndose en el procedimiento de privatización de Tailandia desde el paso inicial.

## **PARTE II: Principios jurídicos significativos en el procedimiento privatizador de Tailandia**

Las Constituciones habitualmente incluyen en su texto una serie de adjetivos que en el fondo son explicitaciones de sus propios criterios. En cuanto a la CE, los contenidos principales como Preámbulo y su artículo 1 nos señalan como soporte fundamental sobre el que reposan la Constitución y demás normas del Ordenamiento Jurídico español, los valores y principios que son las claves del régimen constitucional. Dichos principios son los conceptos de Estado de Derecho –en Preámbulo “(...) *Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular*”–, Estado social y Estado Democrático de Derecho –el artículo 1.1 de la CE–. Los tres principios son adjetivaciones o calificaciones constitucionales que constituyen lo que Carl Schmitt llamó “*decisiones constitucionales fundamentales*”, y su transcendencia proviene de que informan el resto del Ordenamiento Jurídico<sup>110</sup>. Dichos principios son valores que se traducen en “*supra-principios jurídicos*” o “*principios de principios*”. En esta línea, en palabras de un autor español, Santamaría Pastor, dichos preceptos son basamento nuclear e irreductible de todo el Ordenamiento Jurídico<sup>111</sup>.

En cuanto al Estado de Derecho -o Estado liberal-, es la reflexión del Estado constitucional que surge a partir de la Revolución francesa. Esto significa

---

<sup>110</sup> Véase GARRORENA MORALES, Ángel. *El Estado español como Estado Social, democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos, 1991. p.21 y RODRIGUEZ GAONA, Roberto. *El control constitucional de la reforma a la Constitución*. Getafe: Dykinson, 2006. p.114.

<sup>111</sup> Véase SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de derecho administrativo I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991. pp.99-158 (al referirse al establecimiento del Estado liberal de Derecho). Y MARTIN FRADES, Ángel Carlos. *Especialidad Jurídica*. Sevilla: MAD, 2007. p 15.



que gobiernan las leyes, no los hombres. Pero no toda subordinación a la Ley es Estado de Derecho, como ha explicado un autor, Elías Díaz, *no todo Estado es Estado de Derecho y no todo Estado con derecho es un Estado de Derecho*<sup>112</sup>. Pues, por la crisis de Estado liberal que algunos acusaban que esta forma del Estado ha provocado las desigualdades sociales, se trasladaba al momento de la idea y de la crítica de Estado y sociedad en el contexto del principio jurídico de la Constitución. Se abandonaba la fe en la libertad individual extrema del orden económico y social. Por consecuencia, se apuntaban las nociones de Estado de otra forma como Estado Social o Estado Democrático en varias Constituciones occidentales y también en la CE.

En el caso de Tailandia, acerca de los tres conceptos aludidos del Estado, se menciona solamente el Estado de Derecho en las ciencias jurídicas, estableciéndose en la Constitución del Estado tailandés. En cambio, textualmente, no se habla en ninguna cláusula sobre Estado Social o Estado Democrático en la Norma Suprema, ni en otras normativas jurídicas de Tailandia. Sin embargo, la falta del establecimiento formal de ambas dimensiones del Estado no significa que no exista en la práctica el intento de ser Estado Social y Estado Democrático en el sentido material. Así pues, esto resultaría interesante como tema a analizar, de modo minucioso, el análisis sobre los tres tipos de Estado de modo comparado entre la CE y la Constitución tailandesa en relación con la idea de privatización, como se procederá en los párrafos que siguen.

---

<sup>112</sup> DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales. *Sistema*. N° 125 (Marzo 1995). p.6.

Como se sabe la privatización no es una decisión solamente económica, sino también jurídica. En cuanto al ámbito jurídico, las herramientas jurídicas como principios o reconocimientos constitucionales son imprescindibles para medir o ponderar la política de privatizaciones. Se puede decir que algunos principios están a favor de la privatización, mientras que otros están en contra. En Tailandia, la falta de consideración de los principios jurídicos significativos es uno de los problemas básicos en el procedimiento privatizador. Por eso, la cuestión que todavía se nos plantea ahora mismo es: ¿Cuáles son los principios jurídicos necesarios a tomar en consideración en el procedimiento privatizador tailandés? Nada mejor que analizar la cuestión desde un punto de vista comparado entre España y Tailandia en cuanto a los conceptos de Estado de Derecho, Estado Social y Estado Democrático de Derecho en relación a las privatizaciones.

## **II.1 Estado de Derecho y privatizaciones**

Como lo ha definido *Elías Díaz*, principalmente, este tipo de Estado es el Estado sometido al Derecho. Pues bien, a continuación nos dedicaremos a estas aclaraciones:

### **II.1.1 Origen conceptual y su noción principal**

Como es sabido un principio jurídico fundamental e imprescindible en el mundo moderno es el Estado de Derecho. Este tipo de Estado tiene su origen en la doctrina alemana *Rechtsstaat*. El primero que lo utilizó fue Robert Von Mohl en su libro *“La ciencia de policía alemana en conformidad*

*con los principios de los Estados de Derecho<sup>113</sup>”, explicando que el Estado de Derecho se determina por su fin, <<la ordenación de la vida colectiva del pueblo de tal modo que cada uno de sus miembros sea sostenido y animado en el ejercicio y empeño más libre posible con toda su fuerza>><sup>114</sup>.*

Aunque ha sido aceptada ampliamente esta doctrina de von Mohl como el origen de la expresión bajo análisis, numerosos autores alemanes ubican el origen del concepto en la obra de Immanuel Kant. El Estado de Derecho, en su opinión, nació con la Revolución francesa y parte de una estricta separación entre las funciones de creación y aplicación de las normas, surgiendo de esta forma los tres poderes que van a desarrollar las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, respectivamente. Kant decía explícitamente que:

*<< (...) El conjunto de leyes que precisan ser universalmente promulgadas para producir un estado jurídico, es el derecho público. Éste es, por tanto, un sistema de leyes para un pueblo, es decir, para un conjunto de hombres, o para un conjunto de pueblos que, encontrándose entre sí en una relación de influencia mutua, necesitan un estado jurídico bajo una voluntad que los unifique, bajo una constitución, para participar de aquello que es de derecho. (...) Es menester salir del estado de naturaleza (y) entrar en un estado en el que a cada uno se le determine legalmente y se le atribuya desde un poder suficiente (que no sea el suyo, sino uno exterior) lo que debe ser reconocido como suyo; es decir, que debe entrar ante todo en un estado civil. Ciertamente, no por eso el estado de naturaleza debiera ser un estado de*

---

<sup>113</sup> En alemán se llama *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*.

<sup>114</sup> DE LA TORRE, Ángel Sánchez, et al. *El Estado de Derecho en la España de hoy*. Madrid: ACTAS S.L, 1996. p. 103.

*injusticia, en que los hombres se tratasen mutuamente sólo desde la medida de su violencia; pero era en verdad un estado sin derecho>>.*

Es opinión común considerar que el origen de Estado de Derecho está vinculado al liberalismo y al ascenso social de la clase burguesa a finales del siglo XVIII y principios del XIX. Corresponde al deseo de reducir el poder estatal, enmarcándolo dentro de los límites fijados por unas leyes objetivas, iguales para todos. Esta idea liberal surgió frente al Estado absoluto anterior -sobre todo con el sistema de monarquía absoluta-, en que el soberano ejercía su poder de forma prácticamente ilimitada. La clase burguesa estaba formada por los nuevos propietarios industriales y comerciantes e intervenía en el poder político, asegurando también su dominio económico.

Desde el punto de partida, el Estado de Derecho implica el individuo libre y autodeterminado, las actividades del Estado están en base de asegurar la libertad individual y proteger el desarrollo de los sujetos desde sí mismos, habiéndose de regir la organización estatal y su regulación por principios racionales, trasladables a la ley como elementos nucleares. En esta línea, el Estado y sus órganos pueden actuar con arreglo a la facultad que les otorga la norma jurídica, quedando limitados por ella. La norma obliga a todos en pie de igualdad y se prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.

En Gran Bretaña no se utilizó la expresión Estado de Derecho. Allí el término equivalente es el de *rule of law*, que, algunas veces, tiene un significado algo distinto. El *rule of law* es un postulado histórico que surge

como producto de una evolución, mientras que el Estado de Derecho supone una ruptura con el absolutismo anterior, es un postulado revolucionario, fruto de una ideología liberal-racionalista. El *rule of law* data de tiempos remotos en la historia del Derecho inglés y se va acomodando al Estado de Derecho, tal y como fue elaborado en la doctrina alemana y, posteriormente, en la Europa continental. Sin embargo, aunque provienen de diferentes tradiciones históricas, se considera que los conceptos de Estado de Derecho y el *rule of law* se basan en el mismo ideal y los mismos principios básicos, fundamentalmente la vigencia universal de las normas jurídicas, el principio de la prohibición de su efecto retroactivo, el principio de seguridad jurídica, por ejemplo. Por eso, los dos términos, normalmente, se pueden remplazar en numerosas ocasiones, y también en este trabajo.

Se puede decir de manera resumida que en la actualidad es obligatorio que todos los Estados generen, creen y produzcan las leyes, normas y reglas jurídicas. El Estado de Derecho es un tipo específico del Estado que encuentra su esencia en el sometimiento del Estado y los poderes públicos a sus propias leyes y regulaciones, la existencia del sistema del control de los poderes y actuaciones del Estado por medio de leyes. Pues bien, este precepto consiste en numerosos elementos que a continuación se aclararán.

### **II.1.2 Estado de Derecho, Constituciones y sus elementos fundamentales: España y Tailandia**

Como es sabido la idea básica de Estado de Derecho es el aseguramiento de la libertad, justicia y seguridad a los ciudadanos. Se trata de un orden

estatal justo expresado a través de una Constitución escrita, el reconocimiento de los derechos del hombre, la separación de poderes y garantizado por leyes producidas y promulgadas conforme a procedimientos debidamente establecidos. La vinculación profunda entre el Estado de Derecho y la Constitución se ha señalado por un filósofo y jurista austríaco, Friedrich August Von Hayek, del siguiente modo:

*“[es] seguramente más oportuno considerar las Constituciones como superestructuras levantadas al objeto de garantizar el mantenimiento del Estado de Derecho que, como suele hacerse, atribuirles la categoría de fuente de todas las demás leyes.”<sup>115</sup>*

Las Constituciones no originan el Estado de Derecho, sino que son más bien su expresión y plasmación codificada. Se considera como lugar para que principalmente se establezca la doctrina que exige que toda la acción estatal, consista en la subordinación de todo poder al Derecho y otros elementos para garantizar la presencia de carácter material de los derechos individuales. Sin embargo, la existencia de Derecho no significa que un Estado lo sea de Derecho, como quedó apuntado. Podemos observar el ser Estado de Derecho en la Constitución de un determinado Estado con los elementos principales que se señalarán en los párrafos siguientes.

Antes de señalar los elementos de la concepción de Estado de Derecho en las Constituciones, de España y de Tailandia, se debería analizar el núcleo del Estado de Derecho: *“la sujeción del poder al Derecho.”* En España, el

---

<sup>115</sup> HAYEK, Friedrich A. *Derecho, legislación y libertad*. Madrid: Unión Editorial, 1985. p.259.

concepto de Estado de Derecho se configura principalmente en dos cláusulas, en los números 1 y 3 del artículo 9 de la CE. En el primer apartado, se manifiesta con la expresión: “*sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento*”. Esta locución recoge un requisito esencial de todo Estado de Derecho que consiste en el sometimiento de los ciudadanos y, sobre todo, de los poderes públicos al Derecho. Como señala el artículo 9.1 de la CE, este principio vincula tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos si bien de forma distinta. Así, lo ha entendido el Tribunal Constitucional español en su resolución judicial, la STC 101/1983, de 18 de noviembre, al expresar que la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de Norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos. Es decir, los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (los artículos 30 y 31, entre otros, de la CE), mientras que los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, entendiendo que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido. Esto significa que la función del poder público, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la CE, es el deber positivo de realizar sus competencias de conformidad con la Constitución. Por ello, los poderes públicos deben, por un lado, abstenerse de cualquier actuación que pueda ser contraria al derecho fundamental y, por otro, tienen un deber positivo de actuación en el sentido de proteger los derechos fundamentales ante una determinada actuación o comportamiento (esta forma de

interpretar se reiteraron en las SSTC 18/1984, de 7 de febrero, y 53/1985, de 11 de abril).

Por su parte, en la Constitución de Tailandia no se expresa de igual modo la previsión analizada en los párrafos que anteceden contenida en la Norma Suprema española. Si se puede encontrar, en el artículo 3.2, alguna previsión respecto al principio del *rule of law*, del siguiente modo: “*El ejercicio del Parlamento, el Consejo de Ministros, el Poder Judicial, otros Órganos Constitucionales y el sector público están sujetos al principio del rule of law.*” Además, en el artículo 26 de la misma norma se expresa que: “*El ejercicio de todos los órganos públicos tiene que respetar la dignidad humana, derechos y libertades, y está sujeto a los establecidos en esta Constitución (...)*” Esta forma de expresión se puede explicar toda vez que responde a una razón histórica basada en la relación diplomática entre Tailandia e Inglaterra desde hace centenas de años, los constituyentes de la actual Constitución optaron por el vocablo *el rule of law* para subrayar la existencia de este principio en la sociedad de Tailandia. Sin embargo, como han dicho numerosos autores, aunque el *rule of law* y el Estado de Derecho tienen orígenes distintos, como ya hemos señalado en los párrafos que anteceden, ambas ideas se basan en la concepción de la sujeción a las normas jurídicas. Por lo tanto, se puede afirmar que el principio de Estado de Derecho se reconoce en el marco constitucional de Tailandia.

La aceptación textual de este principio en la Constitución no implica la aplicación efectiva de este precepto en la práctica y no significa que la garantía de Estado de Derecho exista de modo completo. Lo más importante es la existencia concreta de los elementos que componen al Estado de Derecho en las normas jurídicas, sobre todo en la Constitución.



Algunos autores coinciden en destacar ciertos elementos del Estado de Derecho que, a la vez, constituyen los principios básicos: i) el principio de la separación de los poderes estatales; ii) el principio de legalidad; iii) el principio de la seguridad jurídica; iv) el principio de independencia del Poder Judicial; y por último, v) la supremacía de la Constitución. A continuación analizaremos estos principios:

### **II.1.2.1 El principio de separación de poderes**

Es indiscutible que el centro de gravedad del Estado de Derecho se basa en la independencia y autonomía de los tres poderes estatales. Es la noción que se centra en la distribución de las funciones del Estado, en la cual la titularidad de cada una de ellas es confiada a un órgano u organismo público distinto. Junto con la consagración constitucional de los derechos fundamentales, es uno de los principios que caracteriza el Estado de Derecho moderno.

En España, este principio se consagra en la CE en el Título III –artículos 66 y siguientes– respecto a las Cortes Generales o Poder Legislativo; en el Título IV –artículos 97 y siguientes– del Gobierno y de la Administración o Poder Ejecutivo; en el Título V –artículos 101 y siguientes– de la relación entre ambos; y el Título VI –artículos 117 y siguientes– del Poder Judicial. Una observación que podemos hacer al respecto de los tres poderes instituidos en la CE es que el Poder Judicial es el único de los tres sectores al que se llama expresamente “*poder*”. Otros son calificados como “*potestades*” –por ejemplo, en los artículos 66 y 97–.

Otra observación que es válido hacer es que la CE establece cierta traba que puede entenderse afecta al principio de separación de poderes como es, por ejemplo, *“la propuesta del Congreso y Senado para nombrar los vocales del Consejo General de Poder Judicial –CGPJ–”*. Según la modificación de la Ley Orgánica de 2001<sup>116</sup>, los veinte miembros, llamados vocales, nombrados por el Rey, serán elegidos por las Cortes Generales -Congreso y Senado- entre jueces y juristas de reconocida competencia. Como consecuencia de esto, se podría considerar la existencia de ciertas intromisiones del poder legislativo en el Gobierno del Poder judicial al designar a sus miembros. Es decir, los Diputados y Senadores tienen influencia en la designación de los vocales que también podrían afectar de manera indirecta al procedimiento de nombramiento de jueces y magistrados. De alguna manera, éste podría ser un vicio del principio de separación de poderes de alguna manera. Sin embargo, para mejorar dicha dificultad en España, se ha propuesto en 2012 la intención de cambiar la forma de elección de los 12 vocales del CGPJ, es decir, volver al antiguo sistema de elección directa por parte de los jueces, que se abandonó en 1985 -con una modificación aprobada en 2001-. Esto sería un intento para poder dar más garantías en torno a la doctrina de la división de poderes en España.

En todo caso todo ello pone de manifiesto que la separación de poderes no es tan radical, sino que hay algunas formas de colaboración que se inspiran

---

<sup>116</sup> Principalmente la composición del CGPJ se establece por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el artículo 112, y luego por la Ley Orgánica 2/2001, de 21 de junio, el artículo 112 se modificó el procedimiento de elección de vocales procedentes de la magistratura. Las asociaciones profesionales de la judicatura o las agrupaciones de jueces que sumen, al menos, el 2% del total que se encuentre en servicio activo, pueden presentar a las cámaras un total de treinta y seis candidatos, de los cuales el Congreso elegirá a seis y los otros seis serán elegidos por el Senado de entre los treinta restantes.

más en la doctrina americana de los *checks-and-balances* que en la estricta separación de poderes.

En cuanto a Tailandia, el reconocimiento constitucional de la concepción de la división de poderes estatales es parecido a lo que se da en España. Sin embargo, es diferente respecto de la intervención del Congreso o Senado en el nombramiento del Consejo General de Poder Judicial de Tailandia, es decir, el CGPJ de Tailandia, en virtud del artículo 221 de la Constitución de Tailandia, está integrado por los quince vocales, sin embargo, sólo dos de los quince se nombran por el Senado, los restantes (trece vocales) son seleccionados entre los jueces y magistrados. Por eso, la posibilidad de que el procedimiento de nombramiento de los miembros del CGPJ de Tailandia afecte al principio de separación de poderes es menor que la que se da en España.

#### **II.1.2.2 El principio de legalidad**

Algunos autores están de acuerdo en que uno de los centros de gravedad de Estado de Derecho es el principio de legalidad. Esto quiere decir que la Ley que gobierna o rige una sociedad es más poderosa que cualquier hombre o mujer de dicha sociedad. Como decía Montesquieu, en un lema famoso: *“La ley debería ser como la muerte, que no exceptúa a nadie”*. Bajo el Estado de Derecho quienes hacen las leyes, sean ricos o pobres, miembros de una mayoría étnica o de una minoría religiosa, o personas de diferentes tendencias políticas, todos tienen derecho a la misma protección ante la ley.

El principio de legalidad, principalmente, es el límite a la acción del administrador por cuanto no tiene libertad absoluta sino que debe sujetarse a lo que expresamente lo faculta el Ordenamiento Jurídico. Es un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la Ley de su jurisdicción y no a la voluntad de las personas. Por esta razón la presencia del principio de legalidad actúa como una de las medidas primordiales para asegurar si un Estado es un Estado de Derecho.

En España, el principio de legalidad se halla contenido en diversas normas con rango de Ley y, especialmente, reconocido y garantizado en el artículo 9.3<sup>117</sup> de la CE. Ciertamente, el principio no sólo está consagrado de forma directa desde el artículo 9.3, sino también de forma indirecta desde el primer apartado del mismo artículo, cuyo contenido es que todos los poderes públicos se encuentran sujetos a la ley.

También está contenido en otras cláusulas de la CE, así se consagra en el artículo 25.1<sup>118</sup>, en conexión con el principio de legalidad en el ámbito sancionador. Además, también por parte de las Administraciones, la CE impone la sumisión a la Ley de la actividad administrativa en el artículo 103.1<sup>119</sup>. El sometimiento pleno a la ley y al Derecho enlaza con lo previsto

---

<sup>117</sup> El artículo 9.3 de la CE establece que:

*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

<sup>118</sup> El artículo 25.1 de la CE dice que: *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*

<sup>119</sup> El artículo 103.1 de la CE dice que: *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización,*

en el artículo 106.1 de la CE, es decir, se atribuye a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa. Como se ha señalado en numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional, una de ellas, la STC 294/1994, de 7 de noviembre, declaró que las actuaciones de las Administraciones Públicas pueden incurrir en ilegalidad y afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. La plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 de la CE), así como de la función de control de dicha actuación (artículo 106.1 de la CE), impiden que puedan existir comportamientos de la Administración pública –positivos o negativos– inmunes al control judicial.

Respecto a Tailandia, no se establece una garantía de carácter directo acerca de este principio como si lo hace el artículo 9.3 de la CE, pero podemos encontrar algunos preceptos que pueden implicar la existencia de este precepto en la Norma Suprema de Tailandia. Se consagra en el artículo 27 que: *“Los derechos y libertades garantizados explícita o implícitamente en esta Constitución o por las decisiones del Tribunal Constitucional están protegidos por el Parlamento, Consejo de Ministros, los Tribunales, los entes constitucionales y los sectores públicos de forma directa para redactar las leyes, la promulgación e interpretación de todas las normas.”* Además, el artículo 74.1 de la Constitución tailandesa establece que: *“Los funcionarios, trabajadores públicos, sectores públicos, empresas públicas están sujetos a la ley (...)”*. El principio de legalidad como fruto de Estado de Derecho y las dos cláusulas aludidas se relacionan, en la práctica, con el artículo 29 de la misma Norma, es decir: *“Es prohibido*

---

*desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”* Según esta cláusula, se marca el sentido total de la actuación administrativa con el objetivo de los intereses generales.

*limitar los derechos y libertades de las personas garantizadas en esta Constitución, salvo que se establezca por norma con rango de ley (...)*" Según este artículo, es una garantía para los ciudadanos parecida a la dispuesta en el artículo 53.1 de la CE. Sin embargo, esta garantía todavía tiene limitaciones, es decir, tradicional y jurídicamente, en Tailandia los actos políticos del Gobierno están exentos por completo de revisión por los Tribunales de lo contencioso-administrativo. Esto es algo diferente a lo que ocurre en España, es decir, en la ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -LJCA- impone que no se podrá examinar la actividad política del Gobierno por la jurisdicción contencioso-administrativa debido a la existencia del control político de las Cortes o de las Asambleas Legislativas autonómicas, aparte del control del TC. Sin embargo, si dicha actuación gubernativa afecta o perjudica a terceros lesionando los derechos de los ciudadanos<sup>120</sup>, con el fin de proteger los derechos fundamentales de la persona, la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud del artículo 2.a) de la LJCA, puede fiscalizar la legalidad de dichos actos en sus elementos reglados y en la determinación de las indemnizaciones que fuesen procedentes.

### **II.1.2.3 El principio de seguridad jurídica**

Otro elemento importante del principio de Estado de Derecho es la seguridad jurídica y la claridad de las normas, o sea racionalidad de las manifestaciones del poder estatal. El Estado se convierte en garante de la paz jurídica y esto exige que sus normas sean claras y determinadas y se

---

<sup>120</sup> ALCUBILLA, Enrique Arnaldo y VALVERDE, Rafael Fernández. *Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Tercera Edición. Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2007. pp. 982-983.

den a conocer por medios idóneos al público, cuyo acceso a sus textos garantiza el conocimiento de las formas en que haya de actuar el Estado, o sea la pronosticación de sus acciones. La seguridad jurídica incluye los procedimientos en los casos litigiosos y es fundamento de la justicia material, pues sin ella no es posible clarificar el derecho y decidir con certeza en las contiendas judiciales. Lo fundamental es que la seguridad y claridad de la norma impidan la arbitrariedad o interpretaciones abusivas. Por eso, es un principio que se basa en la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación.

En España, la seguridad jurídica se consagra en su primera manifestación en el artículo 9.3 de la CE, el mismo artículo que contiene al principio de legalidad, de manera muy clara con la expresión “*el principio de la publicidad de las normas*”. La relación entre Estado de Derecho, la seguridad jurídica y el principio de publicidad de las normas se afirmó en la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, en la STC 179/1989, de 2 de noviembre, que explicó que la CE en su artículo 9.3 garantiza dicho principio. Esta garantía aparece como consecuencia de la proclamación de España como un Estado de Derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo artículo 9.3 de la CE: pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al Ordenamiento Jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al

principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento<sup>121</sup>.

En cambio, según la perspectiva de la Constitución de Tailandia, no es posible encontrar cláusula alguna que ponga el acento en este principio de manera clara. Sin embargo, como condición de la vigencia de todas las normas, se aplica la exigencia de publicidad, en la práctica, en toda jerarquía del Ordenamiento Jurídico y, oficialmente, su vía es a través del *Boletín Oficial de Estado de Tailandia*.

Además de ello, uno de los principios que forma parte de la doctrina de la seguridad jurídica es “*el principio de irretroactividad*”. La irretroactividad significa que la Ley se aplicará al futuro y no al pasado, es decir, cuando una Ley cambie porque se reformó o adicionó algo, no debe aplicarse a alguien que tenía un derecho previo a la Ley si la misma en lugar de beneficiarle, le perjudica. Cuando una Ley nueva entra en vigor, la Ley anterior resulta abrogada, por tanto, si se aplica la nueva Ley, hay que plantearse qué ocurre con los hechos jurídicos ocurridos antes de su vigencia. Hay una retroactividad plena cuando la nueva regulación no sólo se aplica a las nuevas relación que surjan con posterioridad a la nueva Ley, sino que se aplica a las relaciones ya nacidas antes de la nueva Ley e incluso a los efectos también ya consumados antes.

Por el contrario hay una retroactividad media cuando la nueva Ley no modifica los efectos ya consumados de las relaciones previas, pero sí los que se produzcan a partir de la vigencia de la nueva Ley. La retroactividad es

---

<sup>121</sup> Y también en el sentido análogo, en la STC 141/1998, de 29 de junio.



inexistente cuando la nueva Ley sólo se aplica a las relaciones que surjan tras la aprobación de la Ley nueva.

En España, este principio se establece en el artículo 9.3 de la CE y se aplica a dos tipos de disposiciones: en primer lugar, *“en las disposiciones sancionadoras no favorables”*. Se puede mencionar la STC 8/1981<sup>122</sup>, de 30 de marzo, en la cual el TC estableció que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito; en segundo lugar, se prohíbe la retroactividad *“en las disposiciones restrictivas de derechos individuales”*, que han de entenderse referidas al ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, esto es, a los regulados en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título 1º de la CE. Aparte de ello, no existe impedimento en que el legislador dote a la Ley de retroactividad.

En cuanto a Tailandia, no se pone de manifiesto este principio en la Constitución tailandesa, sino se fija en otras normas, por ejemplo, en Código penal, la Ley Fiscal, etc. Sin embargo, en cuanto a la Ley principal que fija el

---

<sup>122</sup> Además, en la STC 8/1981, de 30 de marzo, Fundamento Jurídico 3º el TC se ha pronunciado que *“el problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (en realidad, no sólo de ella, sino también de otras disposiciones sancionadoras, aunque sólo a aquélla y no a todas éstas van dirigidas las consideraciones presentes) viene regulado por nuestra Constitución en su art. 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Interpretando a contrario sensu este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable, principio que ya estaba recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el art. 24 del Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado art. 9.3. Sin embargo, ni el art. 9.3 -cuyos principios son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial al legislador- ni, por supuesto, el art. 24 del Código Penal definen por sí mismos derechos cuya defensa pueda dar lugar a un recurso de amparo ante este Tribunal, pues ese mecanismo sólo queda reservado en nuestro ordenamiento a la tutela de las libertades públicas y derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, según establece el art. 53.2 de la misma.”*

enjuiciamiento del Tribunal Administrativo de Tailandia, la *Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* B.E. 2542 (1999), se puede observar que en su artículo 72 apartado 2º se constituye que “el juez contencioso administrativo, a través de la resolución judicial, podrá ordenar que debe tenerse una retrospectiva o no efecto retroactivo o efecto prospectivo a un momento determinado o prescribir las condiciones para ello, con objetivo para hacer la justicia”<sup>123</sup>. Esto es un tema que aun se discuten ampliamente en Tailandia respecto al poder muy amplio del Tribunal Administrativo en las resoluciones judiciales.

#### II.1.2.4 El principio de independencia del Poder Judicial

Es un principio fundamental del Estado de Derecho con razón de ser en el primer principio mencionado, el de separación de poderes. Es decir, el

---

<sup>123</sup> En ingles, la *Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* B.E. 2542 (1999), el artículo 72 apartado 1 y 2 establece así:

**“Article 72. Part one:** In delivering a judgment, an Administrative Court has the power to issue a decree for any of the following:

- (1) Ordering revocation of a by-law or order or restraining an act in whole or in part, in the case where it is alleged in the case filed that an administrative agency or State official has done an unlawful act under section 9 paragraph one (1);
- (2) Ordering the head of an administrative agency or State official concerned to perform the duty within the time prescribed by the Administrative Court, in the case where it is alleged in the case filed that the Administrative agency or State official has neglected the duty or performed the duty with unreasonable delay;
- (3) Ordering the payment of money or the delivery of property or the performance or omission of an act with or without prescribing the time and other conditions, in the case where the case filed is in connection with a wrongful act or liability of an administrative agency or State official or in connection with an administrative contract;
- (4) Ordering a treatment towards the right or duty of the person concerned, in the case where it is requested in the case filed that the Court give a judgment declaring the existence of such right or duty;
- (5) Ordering a person to act or refrain from any act in compliance with the law.

**Part two:** In issuing the decree under paragraph one (1), the Administrative Court may direct that it should have a retrospective or non-retrospective effect or prospective effect to any particular time or may prescribe any condition therefor, as justice in a particular case shall require.”

Estado de Derecho implica separación de poderes y la existencia de contrapesos que eviten abusos de los poderes del Estado y que exista una desconcentración de funciones con el fin de que cada uno tenga una misión específica de control. La independencia del Poder Judicial es imprescindible para mantener el equilibrio jurídico del Estado. Dicha independencia se garantiza, al menos, a través de los mecanismos de designación y remoción de los jueces, el ejercicio de la potestad disciplinaria, entre otras cuestiones. En España, se reconoce dicha independencia fundamentalmente en el artículo 117 números 1 y 2 de la CE<sup>124</sup>.

En cuanto a la vinculación de este precepto con la Constitución de Tailandia, el principio se garantiza, principalmente, en el artículo 197.2 que: *“2. Los jueces son independientes en todo el procedimiento judicial conforme a lo establecido en esta Constitución y las leyes”*. Junto con el principio de independencia de los jueces, encontramos estrechamente ligado *“el principio de la inamovilidad”*. Es decir, los jueces están en cargo hasta la edad de jubilación o la expiración de su mandato. Los jueces y magistrados son inamovibles y no pueden ser trasladados, ni suspendidos, excepto por las causas establecidas en la Constitución o la Ley. Por su parte, en la Constitución de Tailandia, se garantiza este principio en el artículo 197.3, estableciendo que está prohibido el traslado de los magistrados y jueces sin consentimiento de sí mismos, salvo por el acaecimiento de alguna de las siguientes situaciones: i) por razón dependiendo del manejo de recursos

---

<sup>124</sup> El artículo 117.1 y 2 de la CE establece que:

1. *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.*

2. *Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.*

humanos de manera normal y anual; ii) en el caso del ascenso de los jueces; iii) por una sanción al juez en virtud de cometer una infracción disciplinaria, o por la de admitirse una querrela, en un asunto penal, contra el juez; o iv) cuando la presencia del juez pueda afectar a la justicia. Esto quiere decir que fuera de dichas causas, nadie puede impedir temporal o definitivamente a un juez o magistrado la permanencia en su cargo y el libre ejercicio del mismo.

Además de la inamovilidad, en el alcance de este principio también se relaciona con el ascenso de jueces. En España, la Carrera Judicial consta de tres categorías: Magistrado del Tribunal Supremo, Magistrado y Juez. Los Jueces y Magistrados forman el Poder Judicial y se ocupan de administrar la Justicia en nombre del Rey. La Ley que fija los detalles de este asunto es la Ley Orgánica de Poder Judicial -LOPJ-, estableciendo que los Jueces y Magistrados profesionales llevarán a cabo las funciones jurisdiccionales en los Juzgados y Tribunales. La promoción profesional de los Jueces y Magistrados dentro de la Carrera Judicial española está basada en los principios de mérito y capacidad, así como en la idoneidad y especialización para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales correspondientes a los diferentes destinos<sup>125</sup>. En cuanto a Tailandia se garantiza igual que lo de España. Por tanto, según el principio de la independencia de jueces, se puede decir de manera resumida que los Jueces y Magistrados en el ejercicio de su cargo se les exige que sean independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Ley. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos,

---

<sup>125</sup> Se pueden encontrar los detalles más en la página web del Ministerio de Justicia de España:  
<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197355992/EPublico/1215326600993/DetallePerfil.html>, efectuada en fecha 10/5/2013.

ni trasladados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la Ley.

### **II.1.2.5 La supremacía de la Constitución**

La Constitución es la Norma Suprema de todos los sistemas jurídicos. Puede decirse que la supremacía de la Constitución tiene dos sentidos: en primer lugar, el sentido fáctico, significando que dicha Constitución es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un Estado; en segundo lugar, en el sentido formal, es obligatorio que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Además, algunos dicen que la supremacía constitucional significa que la Constitución es la fuente primaria del orden jurídico de un Estado, y también tiene relación con la gradación jerárquica del orden jurídico.

Claramente en España se acoge esta doctrina en la CE, en el artículo 9.1, cuando expresa que *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*. Se contempla esta noción también en numerosas resoluciones judiciales. Una de ellas es la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional español: DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004<sup>126</sup>, diciendo que *“(...) el alto Tribunal basa su argumentación en que la primacía jurídica que se otorga a sí misma la Constitución Europea no afecta a la supremacía jerárquica de la española y declara que el artículo 93 de la Constitución española es base suficiente para integrar el Tratado europeo*

---

<sup>126</sup> Se publicaba en BOE número. 3, de 4 de enero de 2005, el tema fue Requerimiento 6603-2004. Formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

(...).” Según se expresa, puede decirse que esta Declaración configura una de las explicaciones por parte del Poder Judicial acerca de la importancia de la supremacía de la Constitución de la nación a pesar de que existe una forma política distinta en Europa.

En cuanto a la Constitución de Tailandia, se reconoce este principio en el artículo 6 que: *“La Constitución es la Norma suprema de la Nación. Otros ordenamientos jurídicos que se establecen en contra de ella quedarán ilegítimos.”* Por lo dicho, no hay dudas respecto a que la supremacía de la Constitución tailandesa se garantiza de manera completa.

Según lo hasta aquí analizado, se puede decir de manera resumida que aunque todavía existiría dudas acerca de la existencia en la práctica del Estado de Derecho en Tailandia<sup>127</sup>, la Norma Suprema tailandesa garantiza el ser Estado de Derecho. Como el núcleo central de esta Tesis es la privatización, a continuación se aclarará la vinculación entre Estado de Derecho y la política de privatizaciones, así como se analizará si existiría o no incompatibilidad entre ambos conceptos pudiendo configurarse, de ser ello cierto, verdaderas trabas, de alguna manera, para la privatización tailandesa.

### **II.1.3 Estado de Derecho y Privatizaciones**

Se puede decir que en las ciencias jurídicas de Tailandia, jamás se ha hecho referencia de la relación entre el principio de Estado de Derecho y la política de privatizaciones. Pero, en cambio, es distinto, porque esta vinculación ha

---

<sup>127</sup> Los ejemplos que me causan duda son los incidentes de los golpes de Estado con frecuencia o abusos de poder de los poderes ejecutivos.

sido aludida con frecuencia en numerosas obras de autores conocidos, y también de los escritores españoles. Podemos observar la relación entre ambos conceptos, principalmente, a partir de una cita de un autor estadounidense, Milton Friedman, que: *“La privatización no significa nada si no se cuenta con el Estado de Derecho. ¿De qué vale privatizar si no se cuenta con seguridad sobre su propiedad o si no la puede usar como se quiere?”* Era un lema que refleja la relación profunda entre ambas nociones. Para explicar dicha relación, desde el principio, deberíamos expresar la naturaleza y la característica de Estado de Derecho en relación a las funciones como competencias del Estado.

Según las explicaciones aludidas en los párrafos anteriores, la concepción principal de un Estado como Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho. Es un Estado cuyos poderes y actividades vienen regulados y controlados por la ley. Se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario, como Estado con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídicamente, o al menos insuficientemente regulado y sometido al Derecho<sup>128</sup>. Lo más importante es que la intervención estatal para proteger los intereses de los ciudadanos se centra principalmente en la seguridad jurídica, justicia, libertad individual. Por tanto, para que exista un Estado de Derecho, el Estado tiene obligación de asumir directa y exclusivamente las actividades para proporcionar y promover la libertad individual y la seguridad jurídica apropiadas a sus ciudadanos. En cuanto a las actividades fuera de dichos alcances, por ejemplo, las actividades económicas y sociales, los poderes públicos suelen reducir su intervención o, algunas veces, no injieren en el juego y dejan a los particulares participar

---

<sup>128</sup> DÍAZ GARCÍA, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Octava Edición. Madrid: Tauras, 1981. p.17.

y realizar con plena libertad, de acuerdo con el principio *laissez faire, laissez passer*<sup>129</sup>.

En este momento, cuando se habla de la privatización de las funciones públicas en el ámbito de Estado liberal, nos acercamos a una cuestión interesante que es: ¿Dichas tareas pueden privatizarse o no? Como hemos dicho que las actividades estatales son la garantía dada a los individuos por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o si esto llega a producirse, serán aseguradas la protección y reparación de los mismos. Por eso, se puede observar que dichas tareas tienen naturaleza exclusiva para el Estado, es decir, son actividades que no pueden ser realizadas por un particular, porque todos los ciudadanos son iguales, ninguno puede imponer su voluntad a otro si no es mediante el ejercicio de alguna potestad de los poderes públicos. Dicha razón se respalda en palabras de un autor como Francisco López Menudo, opinando que “(...) parece claro que no hay situación más peligrosa para la libertad y la seguridad jurídica que un sujeto privado dotado de prerrogativas públicas.<sup>130</sup>” No obstante, no significa que todas las actividades de dichas potestades no se pueden privatizar. Si son servicios auxiliares que están fuera de las tareas que son necesarias que queden en manos públicas, no se prohíbe que se contrate privadamente. Por eso, en esta línea, puede decirse que la política

---

<sup>129</sup> La frase “*laissez faire, laissez passer*” es una expresión francesa que significa “dejar hacer, dejar pasar”, refiriéndose a una completa libertad en la economía: libre mercado, libre manufactura, bajos o nulos impuestos, libre mercado laboral, y mínima intervención de los gobiernos. Fue usada por primera vez por Jean-Claude Marie Vicent de Gournay, fisiócrata del siglo XVIII, contra el intervencionismo del gobierno en la economía.

<sup>130</sup> LOPEZ MENUDO, F. El Derecho Administrativo como derecho especial y excepcional de algunos entes públicos. Consecuencias. En: La obra colectiva. *La Administración Instrumental. Libro homenaje a Clavero Arévalo*. Madrid: Civitas, 1994. p.574.



privatizadora de dicha tareas podría ser una contradicción al Estado de Derecho.

Además, un tema que se ha abordado desde el Capítulo primero de la presente investigación es *la privatización de la justicia y las cárceles*. Como hemos dicho en el primer Capítulo, en EEUU la privatización tiene como característica la “despublificación”, que se refiere a la transferencia al sector privado de funciones o recursos reservados al Estado con anterioridad, produciéndose por tanto una suspensión de monopolios consistente en la renuncia del Estado al control absoluto sobre un conjunto sectorial de producción o servicios, es decir, es una transferencia de las funciones públicas de las que anteriormente se encargaba estrictamente al Estado, por ejemplo, la justicia, la protección de la seguridad pública.

A lo que venimos haciendo alusión, respecto de la privatización de las prisiones<sup>131</sup>, este tema es diferente desde el punto de vista español, es decir, cuando se habla sobre si se deberían o no privatizar las cárceles o los servicios de seguridad, la doctrina, entre ella, Ariño Ortiz, ha opinado que se incurre en un equívoco, porque dichas funciones públicas son inalienables y pertenecen a la esencia del Estado. En el caso de las prisiones, lo que puede contratarse privadamente son algunas tareas que se desarrollan en estos centros de internamiento como los restaurantes, servicios sanitarios o auxiliares, en los que se producen típicos casos de

---

<sup>131</sup> En EEUU, se construyeron muchas nuevas cárceles para atender a las necesidades de los Estados que tenían cifras extremas de presos en ambientes muy deteriorados. En la actualidad, la Empresa privada encargada del cargo de la prisión es *the Corrections Corporation of America*, CCA, ubicada en un Grupo llamado *the GEO Group, Inc, and Community Education Centers*.

“contracting out”<sup>132</sup>”, no son las funciones fundamentales y exclusivas del Estado. Además, dichas tareas estatales que se limitan en cuanto a la privatización, se pueden denominar como los “ejercicios de la autoridad inherente a los poderes público”, que la transferencia de éstos es patentemente contradictoria con el artículo 275.1 de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>133</sup>.

En cuanto a este tema en Tailandia, la tendencia es parecida a lo que se acepta en España, es decir, se considera que la tarea de gestión de las cárceles constituye una de las funciones estatales necesarias para mantener la seguridad jurídica del Estado. Es obligatoria su gestión por parte del Estado en forma exclusiva. Se puede reforzar dicha idea con lo establecido en el artículo 84 (1) de la Constitución de Tailandia, cuando expresa: *“El Estado deberá perseguir los principios directivos de las políticas estatales en relación a la economía, de la forma siguiente: (1) Promoviendo una economía libre y leal basada en el sistema de mercado y el desarrollo sostenible a través del rechazo y contención de leyes y regulaciones dirigidas al control de la actividad económica que no correspondan a las necesidades de la economía, y evitando la constitución de cualquier empresa que esté sustancialmente en competencia con el sector privado, a menos que sea necesario con el fin de mantener la seguridad nacional (...)”* Por lo tanto, se puede concluir que no resulta posible la privatización de cárceles, ni alguna parte relacionada con la justicia.

---

<sup>132</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado; Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993. p.243.

<sup>133</sup> El artículo 275.1 de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece que:

*“1.La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes público.”*

En cambio, está claro decir que las empresas públicas son creadas para prestar y realizar actividades en el ámbito mercantil, empresarial o industrial. Dichas tareas, obviamente, no tienen nada que ver con las funciones que exclusivamente y de modo natural corresponden al Estado para la protección de libertad individual o seguridad jurídica o justicia en el alcance de Estado de Derecho, como hemos apuntado en el párrafo anterior. Esto significa que los servicios vinculados a las tareas del Estado como Estado de Derecho no están en manos de la entidad pública empresarial desde el principio. Por lo tanto, en esta línea, podría decirse que la política de privatización, desregulación, y también liberalización de las tareas empresariales no contradicen la noción del Estado de Derecho, pues no afecta a sus funciones características.

En cuanto a la relación positiva entre la concepción de Estado de Derecho y la privatización de empresas públicas, uno de los ejemplos que podemos observar claramente es que la política de privatizaciones de empresas estatales es algo que promueve la libertad económica, y este tipo de libertad es una de las libertades individuales garantizadas en el alcance de Estado de Derecho. Está claro que *la competencia libre* es uno de los derechos para que un individuo o una colectividad tengan libertad de decisión para competir y participar en el mercado. La competencia libre genera incentivos para que las empresas obtengan una ventaja competitiva sobre otras mediante las técnicas empresariales. La libre competencia es el sistema más eficiente para la asignación de los recursos para impulsar el desarrollo económico. Un sistema de economía del mercado basado en la libre competencia implica, en primer lugar, el libre acceso al mercado de quienes quieran operar en él, es decir, que no debe haber barreras que impidan la aparición de nuevas

empresas dedicadas a una actividad determinada. En segundo lugar, la libre competencia exige que todos ellos estén sujetos a las mismas reglas y actúen independientemente entre sí, tratando de esforzarse en captar al cliente por las ventajas inherentes a las prestaciones que ofrecen. La libre competencia implica también la desaparición de empresas, es decir, la desaparición es una situación normal que se considera como un elemento fundamental del sistema competitivo, cuando determinada empresa no es suficientemente eficiente para hacer ofertas competitivas.

Respecto a España, es evidente que se rige por un sistema de economía de mercado basado en la libre competencia. La idea de que cualquiera pueda operar en el mercado se hizo realidad tras el triunfo del liberalismo con la Revolución francesa. En el ámbito español, al nivel constitucional, podemos encontrar la garantía de la libertad económica en la CE que establece una serie de principios que tienen que ser respetados por las leyes ordinarias y, en general, por los poderes públicos. Una parte fundamental de la CE está integrada por lo que suele denominarse como “*Constitución económica*”; esto es un conjunto de normas destinadas a proporcionar el marco fundamental para la estructura y fundamento de la actividad económica<sup>134</sup>. Una de las protecciones de la libre competencia se consagra, principalmente, en el artículo 38 de la CE que: “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*” Siguiendo esta idea, Ariño Ortiz ha distinguido tres dimensiones dentro de lo que considera el “*contenido esencial*” de la libertad de empresa: uno es la libertad de acceso al mercado;

---

<sup>134</sup> La STC 1/1982, de 28 de enero.

dos es la libertad de ejercicio de la empresa; y, tres es la libertad de cesación en ese ejercicio<sup>135</sup>.

Conforme a lo dispuesto en dicho precepto constitucional, está claro que el texto apoya y promueve la libre competencia, que se integra como pieza básica de la Constitución económica. Es la referencia a la libre empresa la que permite un sistema económico de economía plenamente liberal. Desde el punto de vista de los ciudadanos, las consecuencias de este reconocimiento constitucional son evidentes: todos tienen libertad para crear empresas, para organizarlas o dirigir las como les parezca oportuno, y, también para transmitir las o extinguirlas. Además, las consecuencias del artículo de la Constitución son también fundamentales frente a los poderes públicos, la libre competencia se erige como principio básico. Ello hace que cualquier restricción al mismo deba hacerse necesariamente por medio de ley formal y deba estar debidamente justificada en base a la propia Constitución. Las limitaciones legales sólo podrán ser excepciones al principio general de economía del mercado, y como tales habrán de ser interpretadas restrictivamente. No podrán ser de tal amplitud que priven de vigencia al sistema de libre competencia como principio general del sistema económico. Además, la intervención pública en la economía puede producirse conforme lo dispuesto en el artículo 128.2, como hemos dicho detalladamente ya en el Capítulo I. Sin embargo, dicha intervención ha de

---

<sup>135</sup> Véase ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Economía y Estado crisis y reforma del sector público*. Ob.cit. pp. 435-437. El autor citado añade, además, que en esa franja de la libertad de empresa, “las facultades de dirección y control deben extenderse exclusivamente a aquellos aspectos que están directamente vinculados a la prestación del servicio”.

respetar el mantenimiento del sistema de economía del mercado en libre competencia como principio general de la economía<sup>136</sup>.

En el caso de Tailandia, se reconoce de manera directa el principio de libre competencia en el artículo 43 de la Constitución de Tailandia que expresa: *“Toda persona disfrutará de libertad de promover empresas o dedicarse a cualquier ocupación, en términos de la competencia libre y leal.”*; y *“2. Ninguna restricción de tal libertad bajo el apartado 1 podrá ser impuesta, salvo por virtud de leyes específicamente aprobadas para mantener la seguridad o economía estatal, para interés general sobre las infraestructuras, la moralidad, la protección de los consumidores, el urbanismo, conservación de recursos naturales o medio ambiente, la seguridad social o por la eliminación del monopolio o la competencia injusta”* Dicho reconocimiento constitucional en Tailandia no tiene diferencias significativas respecto de lo analizado, en igual temática, con relación a España.

Desde el punto de vista del Estado liberal, el Estado suele reducir y anular su intervención en las actividades económicas y sociales, de acuerdo con el principio citado *laissez faire, laissez passer*. Es sabido que la privatización es el método para reducir el tamaño del sector público, disminuir la intervención estatal en las actividades económicas y fortalecer las libertades individuales. La existencia de empresas públicas es una traba para la libertad económica a través de formas de apoyo desiguales, siendo las ayudas estatales a las empresas públicas prohibidas en virtud del Derecho de la Competencia. Este tipo de ayuda es difícilmente controlable. Los ejemplos de ayuda estatal son

---

<sup>136</sup> Aparte de la CE, se regulan los detalles sobre este tema en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

las subvenciones, las exenciones y desgravaciones fiscales, ayuda para el arrendamiento de edificios públicos a precios que no son del mercado, la garantía pública al endeudamiento. Conforme esta idea, en general se puede decir que las empresas públicas tienden a restringir o falsear el juego de la competencia, salvo que se adopten medidas para impedirlo como ha hecho la UE aplicando a las empresas públicas el principio de comportamiento igual al de un empresario privado. La presencia de empresas públicas puede impedir sobre todo la libertad de empresa en la competencia. La política de privatización puede ser así clave para defender la libertad a partir de disminuir la presencia de los poderes públicos en las actividades económicas, fortaleciendo así las libertades individuales. De lo dicho resulta que los dos conceptos, el Estado de Derecho y la privatización de empresas públicas, no son incompatibles en absoluto.

Aparte de dicha aclaración sobre la compatibilidad entre ambos conceptos, en este momento se puede comentar un derecho individual vinculado al alcance de Estado de Derecho, que es una característica específica existente solamente en Tailandia. Dicho derecho es *“el derecho fundamental de libertad religiosa”*, que ejerce una gran influencia sobre la política de privatización. El Estado moderno generalmente garantiza la libertad religiosa a todos sus ciudadanos. La libertad de culto o libertad religiosa es un derecho fundamental que se refiere a la opción de cada ser humano de elegir libremente su religión, de no elegir ninguna (agnosticismo), o de no creer o validar la existencia de un Dios y poder ejercer dicha creencia públicamente, sin ser víctima de opresión, discriminación o intento de cambiarla.

En el ámbito internacional, la libertad religiosa es reconocida por el derecho internacional en varios documentos como el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 27 de este mismo Pacto garantiza a las minorías religiosas el derecho a confesar y practicar su religión. De la misma forma lo hace la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 14, y el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>137</sup>.

En cuanto a España, la libertad de culto se reconoce en la CE, claramente, en el artículo 16.1, que garantiza y protege la libertad religiosa de este modo: *“Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”* Conforme opina Gregorio Peces-Barba, queda asegurada la libertad religiosa en España como derecho individual del siguiente modo: *“la libertad religiosa es el derecho radicalmente individual en virtud del cual todo sujeto puede decidir, en libertad, acerca de cuál es el fin de su presencia en la historia y actuar en coherencia con tal decisión.”*<sup>138</sup> Con esta definición se otorga a la libertad religiosa una función que excede el marco del Derecho para insertarla en el ámbito del destino moral del hombre. Por ello, está claro que la libertad religiosa es un derecho de los individuos que puede responder a la necesidad nuclear del alcance de Estado de Derecho.

---

<sup>137</sup> Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el citado artículo 18, indica: *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.*

<sup>138</sup> PECES-BARBA, Gregorio. Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa. En: IBAN, Ivan C. *Libertad y Derecho fundamental de libertad religiosa*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1989. p. 54.



Como consecuencia de la libertad religiosa contenida en la CE, se aprobó la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, a su vez desarrollada por el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas y el Real Decreto 1980/1981, de 19 de junio, sobre constitución de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa. El límite a estos derechos reconocidos en el primer párrafo del artículo 16 de la CE lo constituye el orden público “protegido por la ley”, es decir no hace referencia a un orden público de carácter policial, sino aquél que se deriva conforme lo establecido en el Ordenamiento Jurídico tendente a proteger ese orden y, en particular, los derechos fundamentales. La libertad religiosa como derecho fundamental al encontrarse en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE está sometida a reserva de ley orgánica (artículo 81 de la CE), que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, y vinculan a todos los poderes públicos (artículo 53.1 de la CE), y, entre las garantías jurisdiccionales podrá recabarse la tutela de los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, subsidiariamente, la tutela del Tribunal Constitucional mediante un recurso de amparo (artículo 53.2 de la CE).

En cuanto a Tailandia, se garantiza la plena libertad religiosa, de modo claro en el artículo 37 de la Constitución de Tailandia que expresa:

- 1. Una persona gozará de plena libertad para profesar una religión, secta o credo, ejercer una forma de culto según su creencia, siempre que no sea contrario a sus deberes cívicos, orden público o moralidad.*

2. *En el ejercicio de la libertad contemplada en el apartado primero, una persona está protegida de cualquier acto del Estado, que puede perjudicar a las personas por motivos de profesar una religión, una secta religiosa o credo, o ejercer una forma de culto según su creencia diferente de la de otros.*

En la práctica, la gran mayoría de tailandeses profesan el “Budismo”. Una referencia que puede confirmar y demostrar la relevancia de esta religión en Tailandia es la de los templos como lugares donde viven los monjes, como símbolo y para organizar los eventos religiosos. En Tailandia con una superficie de tan sólo alrededor de 513.115 km<sup>2</sup> -en España sobre 504.645 km<sup>2</sup>-, tenemos casi 34.000 templos en todo el país. Esta cifra, nos da cuenta de la importancia de esta religión para los tailandeses. Además, en la Norma Suprema tailandesa es posible observar ciertas regulaciones que ponen el acento y dan relevancia a esta religión en Tailandia, por ejemplo, en los artículos 9 y 79, estableciendo que: el artículo 9: *El rey es budista y un defensor de religiones*<sup>139</sup>. Por su parte, el artículo 79 establece que: *El Estado debe apoyar y proteger el Budismo, que es la religión de la mayoría de los tailandeses durante largo tiempo, y también otras religiones. Además, debe promoverse una buena comprensión y armonía entre los seguidores de todas las religiones, así como se fomenta la aplicación de los principios religiosos para crear ética y desarrollar la calidad de vida.* Esto significa que aunque el Budismo es solamente una alternativa de varias religiones y que todo ciudadano puede escogerlas libremente, el influjo del Budismo en el texto constitucional y la mayoría de seguidores influye de modo significativo en la tendencia conceptual de esta tierra.

---

<sup>139</sup> En inglés: *The King is a Buddhist and Upholder of religions.*

Antes de hablar de la importancia del Budismo como la religión nacional de Tailandia en relación a la privatización, querría exponer algunos detalles del núcleo conceptual de esta religión. Las doctrinas y preceptos extraídos del Budismo, principalmente se basan en la bondad y la abstención física, mental y emocional de seis defectos –consumir alcohol, vida nocturna, juegos de apuestas, tener amigos malos, perezas-<sup>140</sup>. Las consecuencias que derivan en la sociedad tailandesa por la influencia de dichas creencias resultan importantes, por ejemplo, no es posible vender alcohol en cualquier sitio en Tailandia en los días de fiesta religiosa, ni beber; esto implica que no es sólo el reflejo de la importancia budista, sino que además se constituye una obligación de carácter legal, el incumplimiento conlleva multa y la pena de cárcel como sanción penal<sup>141</sup>.

La conexión de algunas empresas estatales en Tailandia con la doctrina budista es un tema muy interesante para analizar la legalidad de la política de privatizaciones en el entorno tailandés. Respecto de las empresas estatales dedicadas a la producción de bienes y/o servicios que, generalmente, son susceptibles de afectar a la salud de los ciudadanos, o al marco moral, podría ser prohibida su privatización por el peligro de que al pasar a manos privadas estos puedan conducir dichos bienes o servicios a un ejemplo que contradiga los preceptos budistas. Los ejemplos claros son

---

<sup>140</sup> Aparte de dicho precepto, hay 3 tipos de gente con el nivel distinto de la obligación del cumplimiento de las doctrinas budistas, separándose en tres tipos: en el primer lugar, es el caso de los monjes, obligado cumplir los 227 doctrinas de manera muy estricta; en el segundo lugar, es la gente normal con 8 doctrinas obligatorias; y, por fin, en el último lugar, con 5 doctrinas de obligación como un budista. En cuanto a mí, soy del tercer tipo con la obligación para cumplir con los cinco preceptos doctrinales budistas.

<sup>141</sup> En cuanto a las restricciones y sanciones penales, se establecen en los artículos 4 y 28 de la Ley de Control de la Venta de Bebida Alcohólica B.E.2551 (2008).

las empresas estatales de producción de tabaco, alcoholes y/o loterías<sup>142</sup>. El motivo de este conflicto es que si se privatizasen, conllevaría el régimen de libre competencia que podrían dañar a la moralidad e infringir a algunos preceptos principales del Budismo como hemos dicho anteriormente. Por eso, en mi opinión, dichas empresas estatales serían no privatizables en la mirada y modo de ser específicos de Tailandia. No obstante, no significa que los particulares no puedan participar en este tipo de empresas estatales, sino que el Estado deberá controlar e imponer normativas estrictas para que los particulares puedan tener oportunidad apropiadas de participación en este negocio, tanto en el ámbito económico como en el ámbito moral.

En este momento, como consecuencias de lo que hemos considerado, nada mejor que se estableciera en Tailandia *la prohibición legal* de empresas estatales no privatizables para impedir que las empresas públicas como de loterías, de tabaco o de alcoholes –así como otras empresas en cuanto a la colisión al principio constitucional o jurídico– sean sujetos de la privatización. Pienso que en una coyuntura política donde todavía exista la posibilidad de abuso del poder por los políticos, dicha imposición clara en la normativa jurídica sobre la prohibición legal de la privatización de algunas empresas estatales sería una solución de carácter preventivo en el Estado tailandés, es decir, el Estado debería fijar el control legislativo encima de los ejecutivos, como fruto de la teoría de Controles y Contrapesos. Dicho

---

<sup>142</sup> Esta idea se corresponde con la tendencia española. Es decir, en España, Loterías y Apuestas del Estado --o LAE-- es una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda de España, a través de la Secretaría de Estado de Hacienda, a quien corresponde la dirección estratégica y la evaluación y control de eficacia.

Según el actual Gobierno de España ha asegurado que no va a privatizar esta Empresa porque las Loterías representan una de las patas del Estado, así como una de las piezas más rentables de España, según Esteban González Pons, en el Periódico La Razón, en el 29 de septiembre de 2011. Sin embargo, la idea de España es distinta, porque presento esta idea con base moral, no con razón en el lucro.

control, en la práctica, podría establecerse en una nueva legislación o modificar la norma existente, por ejemplo, *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*, para agregar la prohibición de privatización de algunas empresas o añadir una lista de ellas. Éste sería el control de carácter *ex-ante* más efectivo, que permitiría reducir el daño que podría provocar una decisión demasiado libre y amplia por parte del Poder Ejecutivo.

## II.2 Estado Social y Privatizaciones

Es sabido que la caracterización del Estado como social implica la superación de un Estado puramente abstencionista. El Estado Social no es neutral ante la sociedad, sino beligerante en cuanto que trata de transformar y corregir desequilibrios para promover las condiciones apropiadas para una igualdad real y efectiva<sup>143</sup>. Este principio es muy interesante para considerar junto con la política de privatizaciones. Sin embargo, no se hace referencia a este principio en las ciencias jurídicas de Tailandia, por eso, a continuación se dedicarán diversos subtemas de interés para analizar en profundidad respecto de la relación entre Estado Social y privatizaciones.

### II.2.1 Origen conceptual y su noción principal

En España, el Estado Social es un concepto imprescindible, reconociéndose claramente en el texto constitucional, en el artículo 1.1 de la CE<sup>144</sup>. No es un

---

<sup>143</sup> DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. El Consejo de Estado en un Estado Social y democrático de Derecho. En: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. *Gobierno y Administración en la Constitución*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1988. p.216.

<sup>144</sup> El artículo 1.1 de la CE establece que: *España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*

principio establecido por primera vez en España, sino que se estableció inicialmente en las Constituciones de México de 1917 y en la de Weimar de 1919. La concepción principal de ambas Constituciones era permitir a las personas que carecían de recursos satisfacer sus necesidades básicas. Pues, en cuanto a la iniciativa conceptual, el principal precursor del Estado Social fue Von Stein, y de Estado Social de Derecho fue Hermann Heller, de Alemania<sup>145</sup>.

Como quedó apuntado, la iniciativa conceptual de Estado Social de Derecho se dio por primera vez con Hermann Heller. Este autor comenzó a ser seguido por las Constituciones europeas posteriores a la segunda Guerra Mundial, ampliando las funciones de Estado liberal. En su obra *Rechtsstaat oder Diktatur?*, a través de la idea de un *sozialer Rechtsstaat*, Heller intentó reivindicar el Estado de Derecho frente a la dictadura fascista, pero también asignarle de un contenido social que atenúe los efectos de desigualdad entre las clases a la que había conducido el Estado liberal-capitalista de su tiempo. La idea que subyace al concepto de Estado Social es la realización de reformas sociales a través del Estado<sup>146</sup>. Por eso, podemos definir que el Estado Social de Derecho es aquella modalidad de organización de los poderes públicos en la comunidad que comporta una responsabilidad en orden a asegurar una protección social y un bienestar básico para los ciudadanos. Dicha actuación se puede realizar a través de la generación de las normas para la configuración social.

---

<sup>145</sup> GARRIDO GOMEZ María Isabel. *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Dilex, 2007. p.105.

<sup>146</sup> CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de derecho en la Constitución*. Madrid: CES, 2000. pp. 31 - 32.

Una de las opiniones destacadas de Heller sobre el Estado Social es que debe establecerse “una verdadera Constitución jurídico-social”. Sobre ella se instauraría un conjunto de derechos denominados “derechos sociales”, como una nueva concepción del derecho asentada en el principio de autodeterminación social y de *autoorganización* de los grupos sociales, para proporcionar la igualdad social a todo el mundo. El derecho social es una forma de derecho situada en el tránsito entre el derecho liberal y el derecho democrático-socialista, basándose en la idea social como integradora y no sustitutiva de la idea individual. Para Heller, las ideas sociales que inspiran al derecho social emergente no eran todavía socialistas, sino son las que abren el camino lógico y más coherente hacia su derivación propiamente socialista. Esta noción refleja una estrategia de la izquierda jurídica, que pretendía hacer penetrar lo social en la teoría jurídica y en la práctica política<sup>147</sup>.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no debe confundirse el concepto de Estado Social con el socialismo de Marx. El socialismo atribuye al Estado únicamente el papel transitorio en la consecución de la sociedad y para Heller el socialismo es una idea poca abstracta. En cambio, como se ha dicho antes, el Estado y la intervención privada pueden crear el Estado Social conjuntamente. El Estado Social de Derecho no busca avanzar hacia el socialismo, no intenta transformar al Estado en propietario de los medios de producción. Los principales objetivos de Estado Social son dar un marco regulatorio al capitalismo a fin de asegurar que las reglas de la competencia económica realmente se implementen y que los beneficios de la actividad

---

<sup>147</sup> MONEREO PEREZ, José Luis. *La defensa del Estado Social de Derecho: La teoría política de Hermann Heller*. s.l.: El Viejo Topo, 2009. p. 68.

económica se extiendan a la sociedad entera en relación a los esfuerzos personales pero evitando extremos de privación o injusticias.

La cuestión que se plantea en este momento es respecto de la proporción de intervención estatal en asuntos sociales y económicos en el alcance de Estado Social. En la obra de Carmona Cuenca<sup>148</sup>, se cita una opinión de Ernst Benda, un Juez alemán, sobre la participación de postulado de Estado Social. Para Benda se impone el deber de asumir las necesidades a las que debe hacer frente la comunidad, precisamente como concreción del postulado de Estado Social de Derecho. El Estado Social no consiste únicamente en prestaciones del Estado que son distribuidas a los ciudadanos, sino que requiere también la responsabilidad del individuo para consigo mismo. Cada uno debe apurar las propias fuerzas antes de invocar la ayuda estatal. Pero donde la solución de los particulares no sea posible, debe llegar a manos públicas. La previsión del mínimo existencial mediante la política social clásica sigue perteneciendo al núcleo de la cláusula de Estado Social. En este sentido, significa que la intervención estatal debe estar preparada siempre para proporcionar la ayuda social a sus ciudadanos.

Cuando el concepto de Estado Social se relaciona con el Derecho, inevitablemente se genera otra tarea del Estado que es *“la regulación en la sociedad”*. El Estado debe respetar en lo posible la libre actuación de las fuerzas sociales, pero muchas veces una libertad ilimitada conduciría a la hegemonía de los económica y socialmente más fuertes sobre los débiles. Por eso, el Estado debe generar una regulación que sirva a la compensación

---

<sup>148</sup> CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de derecho en la Constitución*. Ob.cit. pp. 74-75.



del poder que comportará simultáneamente una disminución de libertad para unos y ampliación de la misma para otros. Así, el Estado debe esforzarse por la conciliación de todos los intereses en juego. Tanto los derechos de libertad como los derechos de prestación pueden colisionar entre sí. En tal supuesto, habrá que buscar un camino para conciliar la diversidad de intereses. Cuando un derecho fundamental afecta a otro, habrá que decidir cuál de ellos tiene prioridad en términos generales o en el caso concreto de que se trate. Tales conflictos deben ser resueltos por el Estado y Derecho. Si hablamos de dicha función del Estado en la sociedad, podemos ver que se trata de que el Estado intervenga en la sociedad para corregir las desigualdades extremas, que pueda generar una economía capitalista y las capacidades individuales.

### **II.2.2 Estado Social de Derecho y Estado de Derecho**

Como quedó apuntado, el concepto de Estado Social de Derecho resulta poco conocido en Tailandia, lo único que se habla es del principio del Estado de Derecho. Sin embargo, ambos son conceptos relacionados entre sí, por eso, el análisis de la relación positiva y negativa entre los dos conceptos es interesante para conocer el alcance real de cada uno. Se acepta que, por un lado, conceptualmente se han desarrollado los dos principios de modo conjunto. Es decir, el Estado Social se explica como una atribución de funciones al Estado dirigidas a universalizar los derechos fundamentales del Estado de Derecho. El Estado de Derecho y el Estado Social se han desarrollado juntos en la práctica, sin que haya sido necesario pronunciarse sobre relaciones de jerarquía o prevalencia entre ambas cláusulas<sup>149</sup>. Se

---

<sup>149</sup> RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La administración del Estado Social*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 20.

piensa que no hay posibilidad de nivelar los dos términos constitucionalmente, como ha explicado un conocido autor, García-Pelayo en cuanto a que:

*“...lo único constitucional, cierto, primario y equipado con todas las garantías es el Estado de Derecho, el cual deriva inmediatamente de los preceptos de la Constitución, mientras que el Estado Social es una línea de acción política susceptible de orientarse por distintos modelos y cuya realización capitalmente corresponde al Derecho Administrativo, al Derecho Económico y al Derecho Laboral; los derechos sociales no pasan de ser proposiciones programáticas que pueden vincular a los poderes públicos, pero de las que no se desprende una aplicación inmediata...”*<sup>150</sup>.

Por esto, es sabido que el concepto de Estado de Derecho se generó antes del Estado Social, por eso, puede decirse que el Estado Social de Derecho supone la evolución del Estado de Derecho. Sin embargo, aunque se establece después, el Estado Social no se contradice con el Estado de Derecho, es decir, el Estado Social no niega los postulados básicos del Estado de Derecho, sino sólo defiende la extensión de los derechos fundamentales a todos los individuos. En efecto, los defensores de Estado Social constatan que las desigualdades económicas impiden a una gran parte de la población disfrutar de los derechos típicos del liberalismo y, por ello, añaden al catálogo de derechos económicos y sociales<sup>151</sup>. El paso del Estado liberal al social de Derecho ha redimensionado constitucionalmente

---

<sup>150</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universitaria, 1995. p.52. y DE LA TORRE, Ángel Sánchez, et al. *El Estado de Derecho en la España de hoy*. Ob.cit. p. 233.

<sup>151</sup> AGUDO ZAMORA, Miguel J. *Estado Social y felicidad: la exigibilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo actual*. Córdoba: Laberinto, 2007. p. 44.

el valor dinámico y expansivo de la dignidad humana, potenciador de la orientación interpersonal y comunitaria de la persona. El Estado Social y los derechos sociales llevan aparejados que el hombre ya no se considera como un individuo aislado, sino que se inserta en la sociedad. El análisis del resultado económico ya no se rige con exclusividad por la generación de riqueza, sino que se evalúan factores como la igualdad y la equidad.

Aunque se admite que el Estado Social es una evolución del Estado de Derecho, se reconocen algunos ámbitos diferentes entre ellos, clasificándose en dos: uno es el de sus fines, y otro es el grado de intervención del Estado en la sociedad. En cuanto a sus fines, el Estado Social ya no se limita solamente a asegurar la vida, la seguridad y la libertad -los fines de Estado de Derecho-, sino que tiene un mayor alcance e incluye promover la prosperidad general. Para ello, el Estado tiene amplias facultades de intervención en la economía o, al menos, orientación para lograr los fines generales del Estado. Entre estos fines, se destaca el aseguramiento que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

Aparte de esos, como consecuencia de dichos fines, resulta evidente que existe diferencia entre ambos conceptos acerca del grado de intervención del Estado en la sociedad. El Estado de Derecho hace referencia a un conjunto de elementos que configuran un orden jurídico-político con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos, se somete la actuación de los poderes públicos y de los ciudadanos a la Constitución y a la ley, se dividen las funciones del Estado y por último, se reconocen expresamente unos derechos y libertades de los ciudadanos con plenas garantías jurídicas, es

decir, el Estado está sujeto al Derecho o a la propia normatividad que emite el Estado. Por eso, el Estado sólo debe intervenir en la seguridad, justicia y libertad, así como en garantizar el cumplimiento de las leyes. En cambio, el Estado Social es un Estado constitucional que crea nuevos derechos de carácter social y para garantizar que el Estado pueda promover las condiciones para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural<sup>152</sup>. El Estado en este ámbito interviene más en asuntos económicos, sociales, es decir, el Estado será el protagonista con una idea de igualitarismo. Sin embargo, la intervención se implementa de manera necesaria, no siempre obligatoria, porque su finalidad es sólo posibilitar la igualdad social, pero no gestiona todo directamente.

Según lo dicho arriba, se puede decir de manera resumida que el Estado Social es un tipo de Estado como alternativa socialdemócrata para sustituir la anarquía económica. Se trata de no renunciar al Estado de Derecho, sino de dar a éste un contenido económico y social, de realizar en el marco de Estado de Derecho un nuevo orden social y de distribución de bienes. El Estado Social es un modelo estatal para arreglar los defectos o vicios ocurridos en la forma de Estado de Derecho, puramente formal, pero no se creó para sustituir al Estado de Derecho. Por eso, los dos conceptos pueden convivir conjuntamente en un país para garantizar de manera más plena a sus ciudadanos, tanto la seguridad jurídica como la seguridad social. En alguna ocasión, además, el papel del Estado se convierte desde sólo un poder regulador mayoritariamente en el Estado de Derecho al Estado como

---

<sup>152</sup> Se establece en el artículo 9.2 de la CE.

gestor y distribuidor más en el Estado Social. De éste resulta la extensión de las políticas públicas desde los tradicionales campos de la educación, la sanidad o la seguridad social, a la intervención en el mundo social y económico, el medio ambiente, la cultura, así como, la especial protección de los ciudadanos que más la necesitan.

### **II.2.3 Estado Social de Derecho y Constituciones: España y Tailandia**

Esta Tesis se enfoca en la privatización en el ámbito comparado, por ello, lo que resulta interesante en este momento es producir una mirada a nivel constitucional, tanto de la CE como de la de Tailandia, sobre el concepto de Estado Social de Derecho en relación a la política de privatizaciones. Se comienza esta propuesta con el concepto de Estado Social de Derecho en el marco constitucional de España. Como quedó apuntado anteriormente, en virtud de la CE, el artículo 1.1, establece como principio constitucional que España es un Estado Social de Derecho. Este es un texto generador de otras normas de la Constitución.

A causa de algunos problemas provocados por el Estado liberal, como ya hemos dicho, se procuró la acción estatal con el fin de crear las condiciones denominadas "*necesidades vitales*", para poder ser satisfechas tanto para el individuo como para el grupo de la sociedad. Esto no solo garantiza el ejercicio de la libertad personal, sino que también reconoce al ciudadano en sus derechos económicos, culturales y sociales.

Según este concepto, podemos observar que tras el establecimiento del Estado Social de Derecho en la CE, es evidente que no es el mismo el papel del poder público en un Estado inspirado en el principio como *laissez faire*, *laissez passer*, que en un Estado con un compromiso garantizar que la igualdad sea real y efectiva, según el artículo 9.2 de la CE. Ese compromiso da lugar a un tipo de dimensión que nada tiene que ver con la propia del Estado abstencionista del siglo XIX, que fundamentalmente debía garantizar el orden público y permitir el resto de funciones fueran desarrolladas por la sociedad civil. El Estado Social comporta que la Administración esté al servicio de esos objetivos y es el poder público que tiene que tomar decisiones y resolver problemas muy distintos de los que podían existir en el XIX y ha de resolverlos con instrumentos diferentes de la Ley como única técnica. El poder público tiene que adoptar medidas, diseñando políticas junto con normas jurídicas, para dar respuesta a las necesidades vitales de la sociedad.

Además de los dos artículos constitucionales principales, los artículos 1.1 y 9.2, como protagonistas de la CE acerca del concepto de Estado Social de Derecho, podemos observar que existen otros artículos relacionados con el Estado Social en la CE que puede clasificarse en dos: uno son los textos que garantizan la igualdad y comprometen las tareas del Estado para promoverla; y otro son las cláusulas que establecen los derechos sociales como frutos del concepto de Estado Social. En cuanto al primero, la igualdad es un principio fundamental para la creación de la idea de Estado Social. En la CE, la igualdad se garantiza principalmente mediante dos

artículos, el 14<sup>153</sup> como el principio de igualdad en el sentido formal, y el 9.2 como el principio de igualdad en el sentido material. Cuando la CE garantiza dicho principio claramente como meta del Estado, impone las cláusulas acerca de las tareas del Estado para llegar a ese fin. Una tarea relacionada a la promoción de igualdad es la competencia exclusiva del Estado del artículo 149.1.1º, estableciéndose que: *“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1º La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.”* Este precepto es uno de los preceptos que delimita el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, integrándose en el bloque normativo que permite determinar el grado de descentralización política o quantum de poder reconocido a ambos entes. Las competencias que corresponden, de modo exclusivo, al Estado no podrán normalmente pertenecer a las Comunidades Autónomas, -salvo que se utilice la técnica de las Leyes Orgánicas de transferencia y delegación previstas en el artículo 150.2<sup>154</sup> de la CE-. El deber del Estado según el artículo 149.1.1º se relaciona con el artículo 128.2 de la CE, la obligación del Estado de promover la igualdad a sus ciudadanos. Podemos observar que dicha tarea textualmente no puede considerarse demasiado clara, sobre todo la palabra *“las condiciones básicas”*, por ello, el Tribunal Constitucional, en la STC 61/1997, de 20 de marzo, ha afirmado que el artículo 149.1.1º de la CE habilita al legislador estatal para regular las condiciones básicas que garanticen la

---

<sup>153</sup> El artículo 14 de la CE dice que *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*

<sup>154</sup> El artículo 150.2 de la CE establece así: *“El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.”*

igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados. Por eso, se puede decir que éste es el establecimiento de la función para promover la igualdad en el ámbito de Estado Social de Derecho en España.

En el segundo grupo de preceptos constitucionales vinculados con el concepto de Estado Social de Derecho, se garantiza como una serie de derechos llamados "*derechos sociales*" en la CE. Se puede clasificar también en dos categorías: en la primera categoría, son el derecho del trabajo y el derecho a la educación, estableciéndose en los artículos 27 y 35 de la CE, respectivamente; y en la segunda categoría, son los derechos sociales garantizados en el Capítulo III De los principios rectores de la política social y económica de la CE, fijándose en los artículos 39 a 52. La razón por la que se realiza dicha agrupación es porque los dos grupos de derechos son garantizados distintamente en el ámbito constitucional. Se establecen el derecho a la educación y al trabajo en el mismo Capítulo -el segundo sobre Derechos y Libertades-, pero en diferente Sección. Es decir, el derecho a la educación está en la Sección I "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", mientras que el derecho al trabajo se sitúa en la Sección II "De los derechos y deberes de los ciudadanos". Según esta observación, resulta que conforme al artículo 53.1<sup>155</sup> los dos derechos aludidos se garantizan de manera más amplia que los derechos de la segunda categoría, es decir, el derecho a la educación y al trabajo vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido

---

<sup>155</sup> El artículo 53.1 de la CE establece que *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).*



esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). Lo que significa es que para estos dos derechos hay una triple garantía: con el principio de eficacia inmediata de los derechos, con el principio de reserva de ley para el desarrollo y regulación del ejercicio de estos derechos y libertades y, por último, con el control constitucional realizado por el TC sobre las leyes de desarrollo. Sin embargo, en cuanto a la diferencia entre los dos derechos, en el caso del derecho a la educación podrá cualquier ciudadano recabar su tutela mediante un procedimiento preferente y sumario ante los Tribunales ordinarios y, además, mediante el recurso de amparo ante el TC, al contrario, no se puede por el derecho al trabajo recurrir a la vía del amparo ante el Alto Tribunal, conforme lo dispuesto en el artículo 53.2<sup>156</sup>. Además, en cuanto a los derechos sociales en la segunda categoría, los del Capítulo III “De los principios rectores de la política social y económica”, establecidos en los artículos 39 a 52, -por ejemplo, el derecho a la protección de la salud (artículo 43), a la cultura (artículo 44), a un medio ambiente adecuado (artículo 45), a una vivienda digna (artículo 47), etcétera.-, son respecto de los cuales se ve disminuida la protección conforme a lo establecido en el artículo 53.3<sup>157</sup> de la CE, es decir, sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, no el recurso de amparo ante el TC.

---

<sup>156</sup> El artículo 53.2 de la CE establece que “2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

<sup>157</sup> El artículo 53.3 de la CE establece que *El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.*

Continuando con las aclaraciones de algunos derechos sociales destacados en la CE, se opta por algunos derechos importantes como el derecho a la educación, al trabajo, de la protección de la salud, a la vivienda, para analizar en este momento por su relevancia y su relación con la política de privatizaciones.

En cuanto al derecho a la educación, es sabido que la educación es un derecho fundamental y esencial para poder ejercitar todos los demás derechos. La educación promueve la libertad y la autonomía personal, así como genera importantes beneficios para el desarrollo. La educación es un instrumento poderoso que permite a los niños y adultos que se encuentran social y económicamente marginados salir de la pobreza por su propio esfuerzo.

Es interesante señalar la importancia de la educación en el alcance tanto internacional como nacional. En cuanto al nivel internacional, los instrumentos normativos de las Naciones Unidas y la UNESCO estipulan las obligaciones jurídicas internacionales del derecho a la educación. Estos instrumentos promueven y desarrollan el derecho de cada persona a disfrutar del acceso a la educación de calidad, sin discriminación ni exclusión. Estos instrumentos constituyen un testimonio de la gran importancia que los Estados miembros y la Comunidad Internacional le asignan a la acción normativa con miras a hacer realidad el derecho a la educación. Prácticamente, está enunciado este derecho en el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales -PIDESC-, de 1966 y recogido por la Convención sobre los Derechos del Niño -CDN- de 1985. Según ambos tratados, todos tienen derecho a la

enseñanza secundaria y superior de la gratuidad y también la igualdad de oportunidades de enseñanza básica para eliminar el analfabetismo.

En cuanto al nivel nacional, en el caso de España, el titular del derecho a la educación es los son todos los españoles y los extranjeros, y no es aceptable ninguna discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, es decir, está sujeto fundamentalmente al principio de igualdad del artículo 14 de la CE. En relación a otro artículo constitucional, podemos encontrar el artículo 27<sup>158</sup> como la cláusula principal en materia educativa. Según este artículo, hay dos aspectos garantizados; por un lado, se reconoce un derecho de libertad de enseñanza; y, por otro, la vertiente prestacional con el derecho a la educación. Los textos de esta cláusula se elaboran de manera bastante clara, por eso, no voy a profundizar más en su contenido. Lo que más interesa es la protección e interpretación por parte del TC, en virtud del artículo 53.2. Alguno de los ejemplos surgen de la Ley Orgánica 5/1980, de

---

<sup>158</sup> El artículo 27 de la CE establece que:

1. *Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.*
2. *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.*
3. *Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*
4. *La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.*
5. *Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.*
6. *Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.*
7. *Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.*
8. *Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.*
9. *Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.*
10. *Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.*

19 de julio, por la que se regula el Estatuto de los Centros Escolares: LOECE --derogada--, el TC ha pronunciado en la STC 5/1981<sup>159</sup>, de 13 de febrero, y acerca de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación: LODE --vigente--, en la STC 77/1985, de 27 de junio. En ambos casos, el Alto Tribunal ha fijado los límites de la discrecionalidad del legislador, pero ha declarado el amparo de la libertad de enseñanza para trazar un modelo más concreto. A la LODE la completó la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del sistema Educativo: LOGSE --derogada--, ambas parcialmente derogadas o modificadas por la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación. Esta última norma ha sido derogada también por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación: LOE que está todavía vigente al momento de escribirse esta Tesis.

Siguiendo con el derecho al trabajo, éste es un derecho fundamental y un bien para el hombre: un bien útil, digno de él, porque es idóneo para expresar y acrecentar la dignidad humana. Se puede señalar la importancia de la vinculación entre el trabajo y su derecho con palabras de Victor Hugo, un político y escritor francés en el siglo XIX que reflexiona así: *“El trabajo no puede ser una ley sin ser un derecho”*.

Es evidente que el derecho al trabajo de la CE no atribuye la facultad de todos los trabajadores españoles a obtener un puesto adecuado a su formación. El contenido del artículo 35<sup>160</sup> --un artículo capital de este

---

<sup>159</sup> Esta STC versaba sobre la libertad de creación de centros de enseñanza (1980) que trata el concepto de libertad de cátedra.

<sup>160</sup> El artículo 35 de la CE establece que:

1. *Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para*

derecho-- establece el deber y el derecho al trabajo que ha de conectarse con el 40.1 que dice *“Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial, realizarán una política orientada al pleno empleo.”* Es decir, el pleno empleo es un requisito del derecho al trabajo. Sin embargo, como es sabido que con la cifra extrema de desempleados, a España le cuesta alcanzar la meta de este derecho en la actualidad.

En lo que concierne al derecho a la salud, históricamente, desde el siglo XIX, se iniciaba este tipo de derecho con la demanda de que el Estado debiera ocuparse de la salud. Se proclamó en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud en 1946. En España, por primera vez se implantó el Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE) mediante la Ley de 14 de diciembre de 1942, el carácter obligatorio va dirigido a proteger a los trabajadores económicamente débiles, cuyas rentas de trabajo no excedan de los límites fijados<sup>161</sup>. Se acepta que el derecho a la salud es un atributo inalienable de cada individuo. En otras palabras, se trata de una cualidad propia de cada persona desde el comienzo hasta el final de su vida. Por lo tanto, este derecho jamás deberá verse vulnerado, alterado o violado, bajo ninguna circunstancia.

---

*satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.*

2. *La ley regulará un estatuto de los trabajadores.*

<sup>161</sup> GARRIDO GOMEZ, María Isabel. *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*. Ob. cit. p.123.

En el reconocimiento constitucional, la CE asigna a los poderes públicos el deber de garantizar el derecho a la salud principalmente en el artículo 43<sup>162</sup>. Este artículo reconoce el derecho a la protección de la salud, encomendando a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. En el artículo 41 --de indudable conexión con el artículo 43--, la Constitución establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. A su vez, el artículo 38.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social<sup>163</sup> incluye dentro de la acción protectora del ámbito de la Seguridad Social "*la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo*". En fin, el título VIII del texto constitucional diseña una nueva organización territorial del Estado que posibilita la asunción por las Comunidades Autónomas de competencias en materia de sanidad, reservando para aquél la sanidad exterior, la regulación de las bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos. Al amparo de las previsiones constitucionales y de los respectivos Estatutos de Autonomía, todas las Comunidades Autónomas han asumido paulatinamente competencias en materia de sanidad.

---

<sup>162</sup> El artículo 43 de la CE establece la protección a la salud que:

1. *Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*
2. *Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*
3. *Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.*

<sup>163</sup> Es el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Las legislaciones establecidas como frutos de las cláusulas constitucionales sobre la sanidad son, por ejemplo, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad -vigente-, que garantiza el derecho a la salud mediante la promoción de la salud y de la prevención de las enfermedades, a toda la población española<sup>164</sup> o, en el caso de extranjeros, garantizándose en parte por alguna parte de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>165</sup> -vigente-. Aparte de dichas legislaciones, se interpretó por el TC, por ejemplo, en la STC 194/1998, de 1 de octubre, la garantía amplia del derecho a la salud, vinculándolo con la promoción de la educación física y el deporte. El TC ha dicho que la CE contiene un mandato a los poderes públicos para que fomenten la educación física y el deporte (artículo 43.3 de la CE) y que ambas actividades aparecen vinculadas con la salud. Éstos no sólo son un medio para su mantenimiento, sino que permiten evitar las repercusiones negativas que sobre la misma puede tener un ejercicio no adecuado de las diversas actividades físicas y deportivas, especialmente en aquellos deportes cuyo ejercicio conlleva un riesgo en la salud. Conforme lo dicho, podemos ver que en el Estado español, como un Estado Social, se enfoca no solamente la protección sanitaria de manera directa, sino de manera indirecta, a través de la promoción la educación física y el deporte.

En relación con el derecho a la salud, existen otros derechos que se refieren a la calidad de la asistencia vinculada a la salud, por ejemplo, el tratamiento de las personas que sufren discapacidad física, sensorial y psíquica. Además, a partir de una visión amplia, se puede observar que el derecho a

---

<sup>164</sup> La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el artículo 3.

<sup>165</sup> Por ejemplo, la asistencia sanitaria en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

un medio ambiente sano y equilibrado también es parte de este derecho toda vez que podría ser una estrategia por parte del sector público para que los ciudadanos obtengan la calidad de una salud sosteniblemente.

Por último, el derecho a la vivienda. Como se sabe la vivienda es el lugar que necesitan las personas para protegerse de las inclemencias del tiempo, preservar su intimidad, y en la mayoría de los casos, representa el lugar de asentamiento no sólo de personas individuales, sino de núcleos familiares, estructuras básicas del cuerpo social. El derecho a la vivienda es un derecho universal, reconociéndose en el nivel internacional y también nacional en numerosas Constituciones. Diversos instrumentos internacionales reconocen el derecho a la vivienda, como el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que establece que: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica...”*. Y también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11 dice *“...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...”*, también se halla enumerado entre los Derechos del Niño (artículo 27 de la Convención), en el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14).

En cuanto a la garantía nacional, claramente se protege este derecho en el artículo 47<sup>166</sup> de la CE. Este tipo del derecho es una novedad en la CE de

---

<sup>166</sup> El artículo 47 de la CE reza que:



1978 porque jamás antes se había establecido en el texto constitucional español<sup>167</sup>. El artículo 47 actúa como un mandato a los poderes públicos en cuanto que éstos están obligados a definir y ejecutar las políticas necesarias para hacer efectivo aquel derecho, configurado como un principio rector o directriz constitucional que tiene que informar la actuación de aquellos poderes (STC 152/1988, de 20 de julio). Aparte de promover el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, como consecuencia del artículo 47, se centra en su regulación específica para hacer efectivo este derecho, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo<sup>168</sup>-vigente-. Además, dicha tarea es una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en virtud del artículo 148.1.3ª de la CE "*la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*".

Estos son algunos de los derechos sociales garantizados por el Estado Social español. Como hemos dicho anteriormente este concepto en Tailandia es poco conocido en las ciencias jurídicas, pero en la práctica no significa que no podamos encontrar derechos sociales en las normas jurídicas tailandesas, sobre todo en la Constitución. Por eso, a continuación se aclarará la

---

*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.*

<sup>167</sup> No existió en ninguna antigua Constitución española. Sólo pueden encontrarse precedentes en un sistema no constitucional, por ejemplo, en el artículo 31 del Fuero de los españoles (*El Estado facilitará a todos los españoles el acceso.... al hogar familiar...*)

<sup>168</sup> La Ley del Suelo es una ley que regula los derechos y obligaciones de los propietarios de terrenos en España. Es la piedra angular del Derecho urbanístico, en tanto que regula el derecho a edificar y el valor del suelo. La primera ley del suelo española fue promulgada en 1956 y la más reciente es de 2008.

comprobación en la Constitución de Tailandia sobre la existencia de dichos derechos.

Se empieza con el principio de igualdad como núcleo del concepto de Estado Social. En Tailandia, se consagra este principio en el artículo 30 de la Constitución de Tailandia de este modo:

1. *Todas las personas son iguales ante la ley y gozarán de igual protección bajo la ley.*
2. *Los hombres y mujeres gozarán de igualdad de derechos.*
3. *Queda prohibida toda discriminación injusta contra una persona por motivos de la diferencia de origen, raza, idioma, sexo, edad, condición de salud, circunstancia personal, situación económica o social, religión, educación u opiniones políticas constitucionales.*

Es evidente que no es tan diferente la igualdad reconocida en Tailandia en comparación a la de España. Sin embargo, la igualdad de ese artículo es solamente similar a la igualdad en el sentido formal como en el artículo 14 de la CE, pero no existe otro precepto en que se establezca la igualdad en el sentido material del artículo 9.2 de la CE. Aunque no queda claro el reconocimiento constitucional hecho a los poderes públicos para que hagan efectiva la igualdad en la práctica, la Constitución de Tailandia establece de modo muy claro la competencia del Estado en materia social en su artículo 80, cuyo contenido se constituye así:

*“El Estado actuará en cumplimiento de lo social, la salud pública, la educación y la cultura política de la siguiente manera:*

- (1) Proteger y desarrollar los niños y juveniles, promover la educación básica y la igualdad entre mujeres y hombres, crear y desarrollar la integridad familiar y la fuerza de las comunidades, así como ayudar y proporcionar el bienestar a los ancianos, los indigentes, las discapacidades para que tengan la mejor calidad de la vida y por sus capacidades, podrían convertirse en autosuficiente;*
- (2) Promover, apoyar y desarrollar el sistema sanitario para la salud sostenible de los ciudadanos, proporcionar y promover el servicio sanitario con eficacia y estándar, fomentar el sector privado y las comunidades en participar en la promoción sanitaria;*
- (3) Desarrollar la calidad y estándar para proporcionar la educación de todos los niveles y formas que estén apropiados con los cambios económicos y sociales, preparar el Plan de Educación Nacional y la ley relacionada para el desarrollo de la educación nacional, proporcionar el desarrollo de la calidad de los educadores y otros recursos docentes, para que todos los alumnos tengan la conciencia de ser tailandeses, en disciplinas, en intereses comunes y en el régimen democrático con el Rey como Jefe del Estado;*
- (4) Promover y apoyar la concepción descentralizada para que las Administraciones locales, Comunidades, organizaciones religiosas y el sector privado proporcionen y participen en la gestión educativa para el desarrollo del estándar de calidad educativa, concordando con la política fundamental del Estado;*
- (5) Fomentar y apoyar la investigaciones en diversas ramas y difundir todas las obras financiadas por el Estado;*
- (6) Estimular la creación de la solidaridad nacional, el aprendizaje, la divulgación de las artes, la tradición y la cultura de la nación, así como el buen valor y sabiduría local."*

Según lo analizado, puede decirse que el Estado tailandés está obligado a cumplir funciones sobre asuntos sociales, pero no se incide de manera clara en el texto constitucional que Tailandia es un Estado Social. La cuestión que se plantea en este momento consiste en determinar, en perspectiva comparada entre España y Tailandia, si se garantizan los derechos sociales en el Texto constitucional tailandés. Acerca de esta cuestión, en los párrafos siguientes, se explicará los derechos sociales garantizados en la Constitución de Tailandia, de modo comparado con los derechos sociales aludidos anteriormente, el derecho a la educación, al trabajo, a la salud, a la vivienda, respectivamente, para saber el nivel asistencial en asuntos sociales por parte de los poderes públicos de Tailandia.

En cuanto al derecho a la educación, la Constitución tailandesa lo contempla especialmente en el artículo 49 cuando expresa: *Son iguales los ciudadanos en la educación básica por lo menos doce años en todo territorio con calidad y gratuidad.* Y el apartado 2 dice que: *Los pobres y las discapacidades son iguales en las políticas en el primer apartado de este artículo.* En Tailandia, existen numerosas opciones en la educación, tanto pública como privada, en la enseñanza primaria, secundaria, grados y postgrados. Los ciudadanos pueden elegir entre esas varias opciones según sus intereses y preferencias. La educación pública es sumamente accesible y de calidad, además, brinda a los ciudadanos numerosas alternativas. Sin embargo, para los ciudadanos con muy bajos recursos, la educación pública no es gratuita aunque sí considerablemente más barata que la privada.

De forma parecida al derecho a la educación, el derecho al trabajo se atiende muy débilmente por parte de la asistencia estatal, por ejemplo, existe el

derecho a la pensión por jubilación o por desempleo, pero con una cantidad asistencial muy baja, además, sólo para los funcionarios del Estado y los trabajadores de empresas públicas que están bajo la cobertura, ya que obligatoriamente son los que cotizan en su vida laboral. Los demás no tienen derecho a recibirlas. Sin embargo, existe una ayuda universal en el ámbito laboral que es la ayuda a los ancianos –a partir de los 60 años-, que es una asistencia proveniente de la política del gobierno de manera temporal y cuya cantidad resulta insuficiente para sobrevivir –alrededor de 15 euros mensualmente-.

Aunque se consagran de modo claro en el texto constitucional, en la práctica, todavía hay problemas con la prestación de algunos servicios públicos, por ejemplo, respecto de la sanidad, la Constitución tailandesa establece claramente en el artículo 51 que: *Son iguales los ciudadanos en los servicios sanitarios apropiados y estandarizados, además, se benefician a los pobres en la sanidad pública gratuitamente.* Y el apartado 2 dice que: *Los ciudadanos pueden obtener el servicio sanitario por todas partes con eficacia.* Según dicho artículo, la protección del derecho sanitario debería beneficiar igual y apropiadamente a todos los ciudadanos, sin discriminación. Sin embargo, en la práctica, este servicio suele prestarse a los pobres de forma irregular e insuficiente<sup>169</sup>. Los medicamentos y productos sanitarios para ellos no son de la misma calidad si se los compara con los proporcionados en los hospitales privados o los centros de salud pública donde se pagan por el precio normal.

---

<sup>169</sup> En España, las compras de medicamentos y productos sanitarios realizados a través de los correspondientes servicios de farmacia por recetas de los médicos. Al contrario, en Tailandia, en vez de comprarlos en la farmacia, los hospitales pueden vender directamente en el hospital o la clínica.

En cuanto al último derecho, el derecho a la vivienda, no se garantiza en la Norma constitucional de Tailandia. Solamente se garantiza de manera subsidiaria para los pobres sin hogar en el artículo 55 así: *“Una persona sin hogar y con ingresos insuficientes para sobrevivir, tendrá derecho a recibir ayuda adecuada del Estado.”* Según este artículo junto con la competencia del Estado aludida previamente en el artículo 80 del texto constitucional de Tailandia, es una de las competencias del Estado proporcionar ayuda a los sin hogares. No obstante, no se configura de manera exacta el tipo o clase de ayuda, es decir, no queda claro que el Estado tenga que proporcionar la ayuda en forma de asilo subsidiario o en forma de ayuda monetaria a los vulnerables. Por eso, el Estado tailandés puede elegir la forma de ayuda por sí mismo, sin embargo, por parte del Estado la falta de recursos financieros se configura en un gran impedimento para cumplir esta competencia. En realidad, todavía existen los sin techo en numerosas calles de Tailandia, esto puede demostrar la capacidad del Estado para proporcionar asistencia social.

Por último, de acuerdo con lo dicho con anterioridad, se puede decir que los niveles de asistencia social del Estado tailandés son muy bajos, en comparación a los de España. Los derechos sociales garantizados en la Constitución tailandesa y la ayuda en la práctica se han hecho de forma insuficiente e ineficaz. Los poderes públicos son incapaces de garantizar la buena calidad en el derecho a la salud, vida, a los parados, pensionistas. El Estado no dispone de los fondos suficientes para ayudar y solucionar los diversos problemas sociales. Ser un Estado Social, tanto de carácter material como formal, resulta ser todavía un sueño para los tailandeses. Sin embargo, aunque los niveles de la asistencia social son bajos, como es un

país en vía de desarrollo, estamos en un punto positivo, es decir, la Constitución tailandesa reconoce la existencia de los derechos sociales y, además, obliga el cumplimiento de sus deberes al Estado para prestar atención a dichos derechos, por eso, la esperanza de ser un Estado Social podría ser realidad para los tailandeses en el futuro.

#### **II.2.4 Estado Social y Privatizaciones**

Valiéndonos de numerosas obras en España, podemos observar que por el hecho de que el Estado tiene que intervenir en los servicios sociales para hacer posible la igualdad entre los ciudadanos, resulta que la idea de Estado Social parecería volverse incompatible con la política de privatizaciones. Sin embargo, hay autores que han dicho que no es así, es decir, no hay contradicción entre ambos conceptos. Como ya se dijo anteriormente, aunque en Tailandia no tenemos el concepto de Estado Social completo como en España, existen numerosos derechos sociales y el poder público tiene obligación de proporcionarlos a los tailandeses. Por eso, es interesante plantearse la primera cuestión en esta parte: ¿El concepto de Estado Social es contradictorio con la política de privatizaciones?

Como es sabido antes de la admisión de la idea de Estado Social, fue el tiempo del neoliberalismo como una corriente político-económica que propugnaba la reducción de la intervención del Estado al mínimo, disminuyendo la intervención estatal tanto en materia económica como social, defendiendo el libre mercado capitalista como mejor garante del equilibrio institucional y el crecimiento económico de un país. Esta corriente se refería a la coyuntura *laissez faire, laissez passer*, con la completa libertad

en la economía: libre mercado, libre manufactura, bajos o nulos impuestos, libre mercado laboral, y mínima intervención de los Gobiernos. Además, una característica notable del neoliberalismo es la presunción acerca de lo deficitario del sector público, de la ineficiencia del servicio público y de las ventajas de la iniciativa privada para administrar toda clase de recursos. Por eso, el neoliberalismo promueve la desregulación, liberalización y privatización de la economía, como su método para llevar a cabo su fin.

Esta tendencia vino desarrollando junto con el principio del Estado de Derecho, como hemos dicho anteriormente. Sin embargo, en cuanto a los contras del Estado de Derecho, el aspecto social, la dimensión humana de su esencia, queda como una molesta bruma a la sombra del egoísta individualismo emprendedor más exaltado<sup>170</sup>. Como consecuencia de esta idea, inevitablemente se produjo la desigualdad social. Algunos logran plenamente lo que quieren, otros son perdedores, y con el abandono del Estado de su función, estos no pueden sobrevivir. Por ello, para equilibrar la sociedad, se crea el concepto de Estado Social con el núcleo central en los derechos reconocidos en el ámbito social para ayudar a los vulnerables.

Desde lo arriba analizado hasta aquí, podemos separar el marco del Estado Social en dos sentidos: uno es sentido estricto y otro el amplio. El primer sentido es la idea conforme la cual se transforma al Estado como el propietario de los medios de producción, puede apreciar como el Estado-empresario, no es el Estado regulador, pero todavía está en la esfera democrática. En este sentido, el papel del Estado en los derechos sociales es

---

<sup>170</sup> MORALES, Joaquín. Estado Social y privatizaciones. *Cuadernos de Relación Laboral*. 1998. N° 13. p.56.



inmenso para equilibrar y solucionar el problema de la desigualdad social. Por esta coyuntura, se puede decir que el Estado Social y la privatización no están corriendo por el mismo camino, el Estado que interviene las actividades económicas y sociales inevitablemente impide la política de privatización.

En cambio, en el sentido amplio, se considera que existen las necesidades básicas que no tienen salida en el mercado y es necesario requerir la intervención de los poderes públicos, pero se pueden distinguir las actividades asistenciales del servicio público en dos: las que el Estado presta directamente y las que pueden ser desarrolladas convenientemente por los particulares. El del Estado Social en este sentido es el reconocimiento para los ciudadanos de los derechos sociales y no tanto que el Estado sea un Estado-empresario o un Estado patrón<sup>171</sup>. Los poderes públicos pueden cumplir su función para satisfacer estas necesidades sin intervención directa. La privatización no equivale a suprimir el papel del Estado en el término Estado Social, sino que elimina el protagonismo excesivo del Estado en la satisfacción de los derechos sociales, los ciudadanos pueden gozar de una igualdad más efectiva en los derechos sociales en lugar de ocuparse el Estado como sujeto prestador. Por eso, la prestación de los servicios sociales en este sentido obviamente no es incompatible con la política de privatizaciones. Ambos conceptos pueden convivir solidariamente.

---

<sup>171</sup> BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 105.

Sin embargo, las consecuencias derivadas de la falta de rigurosa intervención en el sentido amplio del Estado Social, nos lleva a la segunda pregunta: ¿Cuáles serían las funciones que deberían quedar reservadas en manos estatales conforme el perfil de un Estado Social? Aparte del núcleo de Estado Social que ya hemos apuntado –el reconocimiento de la existencia de los derechos sociales para igualar la sociedad–, también el Estado debería mantener el bienestar social para su continuidad. Por eso, el Estado tiene que asumir como “*inspector o vigilante*” para promover la existencia de la igualdad real, efectiva y concreta en la sociedad. En este momento, debería hacerse referencia de la técnica del profesor De La Quadra-Salcedo, respecto de su obra referida al proceso liberalizador, en el sentido de que al principio el poder público tiene que desregular las normas que actúan como trabas en dicho proceso y luego re-regular las reglas necesarias<sup>172</sup>. Es decir, el Estado tiene que dictar las reglas para controlar el servicio, así como debe actuar como árbitro vigilante de la actividad, determinando el criterio para evaluar el sujeto prestador privado. En su función como inspector y vigilante puede mantener la calidad del servicio, pero es innecesario ser un prestador directo de servicios para satisfacer a los ciudadanos los derechos sociales directamente. Un autor que comparte este punto de vista es Troncoso Reigada, opinando que el Estado se encuentra obligado a intervenir directamente como prestador de servicios sociales solamente cuando los derechos económicos y sociales no son garantizados de modo suficiente por los particulares que prestan los servicios. En cambio, cuando el interés público queda satisfecho claramente por la actividad de los particulares,

---

<sup>172</sup> DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. Constitución y modelo económico liberalizador. Ob. cit. p. 33.

asegurándose un nivel social mínimo, es legítima la privatización de las empresas públicas<sup>173</sup>.

En este punto es interesante expresar que la idea del segundo supuesto será la más oportuna. Cuando sabemos que la privatización es compatible con la idea de Estado Social, nos surge la cuestión: ¿Se pueden privatizar todas las actividades sociales en un Estado Social? Como ya hemos dicho sobre algunos aspectos donde se prohíben o se impiden las privatizaciones en el alcance de Estado liberal, en el ámbito de los derechos sociales, está claro que dichos derechos son los que mayoritariamente se vinculan con la asistencia financiera de forma directa –como la ayuda a los parados de 400 euros, asistencia sanitaria-, o indirecta –como la restauración o protección del medio ambiente en relación con la calidad de vida y salud-, no tiene nada que ver con el servicio de carácter esencial que sólo tienen que quedarse exclusivamente en manos públicas, como la justicia, la libertad, u otros asuntos protegidos como ciertas condiciones indispensables para la vida, la soberanía, o la nación como existen en el caso del Estado de Derecho. Por ello, en esta línea, la prestación de servicios para llevar a cabo el fin de los derechos garantizados en el ámbito social, principalmente, es susceptible de privatizaciones. Está en la discrecionalidad de los poderes públicos decidir entre las diversas alternativas posibles para la prestación de un servicio público. Acerca de este asunto, se afirma en la reciente norma, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la autoridad para celebrar el contrato para que los particulares presten algunos servicios en vez del Estado. Por ejemplo, como hemos apuntado

---

<sup>173</sup> TRONCOSO REIGADA, Antonio. *Privatización, empresa pública y Constitución*. Ob. cit. p.299.

que el artículo 275.1 establece así: *“1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.”*

Sin embargo, cuando hay reglas, también suelen haber excepciones. En este tema, si privatizamos todos los servicios y dejamos su gestión en manos de los particulares: ¿Se podrían perjudicar a los vulnerables de forma extrema? y ¿Hay algunos derechos sociales que deben mantenerse de forma prestacional por el poder público como un sujeto prestador junto con los sujetos prestadores privados? Acerca de esta cuestión, podemos encontrar una respuesta a partir de interpretar la Constitución. En cuanto a la de España, existen algunos preceptos constitucionales que obligan al legislador a mantener la continuidad de algunas Administraciones prestacionales en los servicios sociales, preservándolas de una completa privatización. Su principio se consagra en el artículo 41 de la CE, estableciéndose que: *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (...)”* Según este artículo, podemos ver que la Seguridad Social es una función del Estado<sup>174</sup>. Este texto constitucional impone que los poderes públicos tienen que mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad. La Constitución consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia (la STC 37/1994, de 10 de febrero). Lo

---

<sup>174</sup> La STC 65/1987, de 21 de mayo.

que también es preciso destacar en este artículo, en cuanto fines perseguido por el legislador constitucional, es que la Seguridad Social es una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de “*situaciones de necesidad*”, por eso, dichas situaciones tienen que ser apreciadas y determinadas en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los distintos grupos sociales<sup>175</sup>. Como consecuencia de esta cláusula, la privatización no puede producirse de manera completa respecto de algunos servicios para evitar que la asistencia y las prestaciones sociales no sean insuficientes en situaciones de necesidad. En dicha situación la CE enfatiza “*especialmente en caso de desempleo*”, esto implica que es una acción protectora del sistema de prestación a los sin sueldos, y también a los pobres. Sin embargo, en cuanto a las asistencias y las prestaciones complementarias, ningún impedimento existe. En este sentido, se puede decir que se permitiría la privatización de las funciones no fundamentales o sustanciales, sino accesorias con menos importancia.

Como fruto del citado artículo, en la CE, algunos derechos o servicios sociales que entran dentro de la prohibición de privatización en todas las partes son, por ejemplo, la sanidad y la educación. En cuanto a la sanidad española, es sabido que la actividad sanitaria no es exclusiva del Estado, siendo legítima la iniciativa privada. Sin embargo, la CE, en el artículo 43.2 obliga a los poderes públicos a organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. En su artículo 41, de indudable conexión con el artículo 43.2, la Constitución establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de

---

<sup>175</sup> La STC 51/2006, de 16 de febrero.

Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Por eso, es indiscutible que el Estado no puede abandonar su cometido de manera completa en la prestación, sino que tiene que ser una de las alternativas prestacionales para los españoles, sobre todo los que están en situación de necesidad. En cuanto al derecho a la educación, el artículo 27 de la CE reconoce este derecho y obliga a los poderes públicos a garantizar una enseñanza básica obligatoria y gratuita. Además el artículo 27.5 de la misma Norma afirma que: *“Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante (...) la creación de centros docentes”*, y el artículo 27.6 dice: *“Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”*. Según estos artículos, es necesario decir que el contenido de los mismos impide la privatización de manera completa, o sea prohíbe la desaparición de los servicios por parte de poderes públicos en el sistema educativo.

En cuanto a Tailandia, los derechos sociales se reconocen de manera distinta a como se garantizan en la CE, sobre todo en la educación. Es decir, no existe precepto igual o parecido a lo dispuesto en el artículo 41 de la CE, además, en el caso de servicio a la educación, se establece la obligación de modo que el Estado tiene que proporcionar la enseñanza por lo menos 12 años sin pagar cuotas, pero no se impone que el Estado tiene que prestar o crea o construir centros docentes públicos por sí mismo<sup>176</sup>. Conforme lo dicho, aunque existe la escuela pública y privada, la privatización de los servicios públicos sobre la enseñanza en Tailandia se puede realizar sin impedimento constitucional. Una condición que la Constitución tailandesa

---

<sup>176</sup> Se establece en el artículo 49 de la Constitución de Tailandia. Cuyo contenido se puede ver en inglés en el Anexo III de esta Tesis.

impone a los poderes públicos es proporcionar la enseñanza básica de manera gratuita a todo el mundo durante un periodo de 12 años. Por eso, de acuerdo con el precepto constitucional, el Estado tailandés es promotor de la educación básica, pero no está obligado a prestarla por sí mismo. Según lo expuesto, es posible concluir que la privatización completa de este tipo de servicio social no sería inconstitucional en Tailandia.

En cambio, en cuanto al servicio de salud la situación es distinta que para el caso de la educación, es decir, no es posible privatizarse en su totalidad la prestación pública en el servicio sanitario conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución tailandesa, por el que todos tienen igual derecho de acceder al servicio sanitario adecuado con estándares y los más desfavorecidos económicamente pueden recibir el servicio sanitario público de forma gratuita. Según este artículo, se reconoce la existencia del servicio sanitario como centros de salud pública para servir gratuitamente a los pobres, en consecuencia, sería imposible trasladar, ni privatizar todos los servicios en materia sanitaria a manos privadas, esto sería inconstitucional en el caso tailandés.

En conclusión, la política de privatizaciones no es una noción contradictoria con la concepción de Estado Social. Se pueden privatizar los servicios al alcance de los derechos sociales sin ningún impedimento constitucional, tanto en España como en Tailandia. Sin embargo, en alguna materia, por ejemplo, en España, se prohíbe la privatización de manera extrema a manos privadas en el servicio sanitario y educativo, algunos hospitales o centros educativos tienen que quedarse en manos públicas. Es decir, no puede desaparecer la presencia pública en servicios educativos y sanitarios. En

cambio, en Tailandia, desde la interpretación constitucional se pueden privatizar los servicios sociales de manera más abierta que lo interpretado en España. Solamente se queda obligatoriamente en manos públicas en materia sanitaria. Sin embargo, dichos servicios son indispensables para todos los ciudadanos, la prestación a la educación o a la salud de forma pública siempre resulta económicamente más accesible que la prestación privada. Por eso, aunque no es inconstitucional la privatización completa de la materia educativa, el Estado debería contemplar diversos factores y mantenerse como prestador directo de este tipo de servicio, para servir como alternativa efectiva para sus ciudadanos.

### **II.3 Estado Democrático y Privatizaciones**

El Estado como un Estado Democrático es una evolución conceptual como paso más profundo en el Estado moderno, con la presencia y participación de la clase obrera, por ejemplo, los trabajadores, los vulnerables etc. La CE enfatiza que España es un Estado Democrático de Derecho en el artículo 1.1, mientras que ninguna cláusula de la Constitución de Tailandia establece lo mismo. Sin embargo, aunque no se establece este término de forma directa en el texto constitucional de Tailandia, sería interesante considerar los contenidos constitucionales, como hemos contemplado en el concepto de Estado Social, sobre todo los que están relacionados a la política de privatizaciones. Pues, a continuación se desarrollará la presente cuestión en tres subtemas principales: i) origen conceptual y su noción principal; ii) Estado Democrático y Estado de Derecho; y iii) Estado Democrático, Constituciones y privatizaciones: España y Tailandia.



### II.3.1 Origen conceptual y su noción principal

Como es sabido en la redacción de la CE han influido otras Constituciones europeas. Algunas de ellas son la Constitución Italiana de 1947 --sobre la iniciativa popular, el concepto del estado regional--, la Constitución portuguesa de 1976 -- los derechos que derivan de necesidades actuales: derecho al medio ambiente, la vivienda, especial protección a los jóvenes, tercera edad, minusválidos--, Constituciones nórdicas --sobre la regulación de la figura del Rey y en la del *Ombudsman* (Defensor del Pueblo)--. Además, una de las más influyentes en la CE es la Ley Fundamental de Bonn de 1949, de la que toma la fórmula del Estado Social y democrático de Derecho, el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución, la separación de Cortes y Gobierno y la moción de censura constructiva.

Se puede decir que la Ley Fundamental de Bonn fue la primera Constitución que consagró el concepto de Estado Democrático. Inicialmente, este tipo de Estado se basaba en la presencia de los trabajadores en los consejos de la administración de empresas privadas con el fin de que ellos pudieran participar más democráticamente, lo que significaba un beneficio para ellos. En la forma de representantes de los trabajadores, trataban de proteger sus intereses de forma más democrática en la sociedad<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> Más influencia, incluso, cabe apreciar en la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, en sus artículos 20: *La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social*; y el 28: *El orden constitucional de los Estados miembros (Länder) deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social, en el sentido de la presente Ley Fundamental*.

En cuanto a su definición, se refiere un Estado Democrático como aquel en el que los ciudadanos participan en la sociedad tanto de modo indirecto (representativo) como de modo directo (participativa). En el caso de la participación representativa, es un supuesto especial de mandato y significa configurar una unidad institucional, por ejemplo, el Papa representa a la Iglesia, el Emperador al Imperio, el Rey al Estado. En el Estado moderno, el pueblo, como núcleo más importante de la democracia, es representado en la democracia por el Parlamento. El Parlamento es el órgano de representación del pueblo, porque está legitimado directamente por las elecciones, y en la periodicidad de las elecciones se pone claramente de manifiesto la responsabilidad ante el pueblo. Este órgano tiene una amplia libertad de decisión política, obligado jurídicamente por la constitución, y también por las leyes y reglas de procedimiento que el Parlamento mismo podría modificar. En los debates parlamentarios se expresan las opiniones y los deseos del pueblo y su voluntad política decisiva. A través del Parlamento, los ciudadanos se integran, en la democracia, en la unidad política del pueblo del Estado<sup>178</sup>. Lo más interesante es que el Estado Democrático se basa en la representación, los órganos del Estado no pretenden ser pueblo, sino representarlo, hacerlo presente, es decir, actuar en lugar del pueblo en su nombre y en sus intereses.

Respecto de los elementos de este concepto, Böckenförde, un conocido filósofo y jurista alemán, ha clasificado los elementos de un Estado Democrático en tres: i) tiene que ser posible una permanente remisión al pueblo del poder de decisión y de dirección de los órganos representativos

---

<sup>178</sup> KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado; Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. BULYGIN, Eugenio (traductor). Buenos aires: Depalma, 1980. p.338.

que actúan por sí; ii) los representantes del poder han de actuar conforme a una competencia que sea adecuada al cargo y esté limitada jurídicamente; y iii) el poder representativo de decisión y dirección tiene que corregirse y contrapesarse democráticamente<sup>179</sup>.

En un Estado Democrático, la soberanía corresponde al pueblo y éste la ejerce, con arreglo a la Ley y por medio de sus representantes, desde las distintas instituciones políticas del Estado. Está definido como "*el gobierno de las mayorías, el gobierno del pueblo y para el pueblo*", que permite la participación del pueblo en la esfera de gobierno, generalmente por medio del sufragio y del control sobre la toma de decisiones de sus representantes. Todos los representantes o partidos políticos en un Estado Democrático que participen en el sufragio deben someterse al mismo reglamento y respetar el resultado, ya que éste representa la voluntad de las mayorías electorales. Por eso, en este momento, según los aludidos anteriores, podemos fijar un núcleo central de Estado Democrático que es que los poderes públicos asumen la misión para que la sociedad sea democrática y el Estado tiene que respetar y dar oportunidad de participación a los trabajadores, las mujeres, los minusválidos, los dependientes.

### **II.3.2 Estado Democrático y Estado de Derecho**

Siguiendo con la relación positiva y negativa entre un Estado Democrático y un Estado de Derecho, es sabido que en las revoluciones democráticas del siglo XIX se trataba de conseguir fundamentalmente el sufragio universal y

---

<sup>179</sup> GARRIDO GOMEZ María Isabel. *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*. Ob.cit. p.72.

el derecho de asociación frente al sufragio censitario<sup>180</sup>. Ambos derechos definen al Estado Democrático. El sufragio universal expresa la nueva residencia de la soberanía, que de estar ubicada en la Nación, pasa a estar situada en el pueblo<sup>181</sup>. El derecho de asociación permite la defensa de los intereses de los trabajadores mediante sus asociaciones sindicales y sus partidos políticos, y los intereses de otros grupos variados de ciudadanos. Todo ello muestra un pluralismo político y social que no reconocía el Estado liberal<sup>182</sup>.

Sin duda que la primera modalidad histórica del Estado moderno es el Estado de Derecho, bajo la influencia de la filosofía individualista, que es el concepto del hombre titular de los derechos fundamentales se identifica con el individuo autónomo sin conexión social apropiada. Dicha tendencia afirma la total autonomía del hombre-individuo, la libertad personal y demás derechos innatos. La importancia del Estado de Derecho es limitar el poder estatal e imponerle un conjunto de deberes asociados a la satisfacción de los requerimientos de la libertad humana. Las limitaciones se refieren a la no intervención en la esfera de la libertad-autonomía a fin de que esos derechos se puedan ejercer sin trabas, salvo las restricciones relativas al

---

<sup>180</sup> El sufragio censitario o sufragio restringido fue un sistema electoral, vigente en diversos países occidentales entre fines del siglo XVIII y el siglo XIX, basado en la dotación del derecho a voto sólo a la parte de la población que contara con ciertas características precisas (económicas, sociales o educaciones) que le permitiera estar inscrita en un "censo electoral". El sufragio censitario se contraponía al sufragio universal, que no establece condiciones salvo mayoría de edad y la ciudadanía (aunque hasta el siglo XX estaba limitado al sufragio masculino).

<sup>181</sup> La "soberanía de la nación" es un concepto ideológico que hace pertenecer la soberanía a la nación, una entidad abstracta y única, vinculada normalmente a un espacio físico, es decir, se define como superior a los individuos que la componen, mientras que la "soberanía del pueblo" es un concepto de un estado democrático que se refiere al poder que tiene un pueblo para gobernarse a sí mismo, a través de sus propias leyes, normas.

<sup>182</sup> PEREZ CALVO, Alberto. *El Estado Constitucional Español*. Madrid: Reus, 2009. p.160.

orden público<sup>183</sup>. Sin embargo, como he mencionado en los párrafos anteriores sobre el Estado Social respecto a los vicios derivados del Estado liberal, la coyuntura ha cambiado a la segunda y tercera modalidad, es decir, el Estado de Derecho, al Estado Social y democrático de Derecho.

Ahora bien, si lo anterior es cierto, nos lleva a la siguiente cuestión: ¿Cuál es la relación de carácter negativo y positivo entre el Estado de Derecho y el democrático? Hay que tener en cuenta que ambos tienen su inicio en momentos históricos distintos. La democracia, ha considerado Böckenförde, se refiere a la formación, a la legitimación y al control de los órganos que ejercen el poder organizado del Estado y que llevan a cabo las tareas que se le encomiendan, siendo un principio configurador de carácter orgánico y formal. Por el contrario, el Estado de Derecho responde a cuáles son las formas en las que debe ejercitarse el poder. Lo que le interesa es su limitación y sujeción para garantizar la libertad individual y social, principio que posee una naturaleza ambivalente de carácter sustantivo y procedimental. Sin embargo, los dos conceptos participan de un contenido común, el de la libertad de los ciudadanos. Por ejemplo, en el caso de la democracia, ocurre en los derechos fundamentales de comunicación, en los de libertad de opinión, de reunión y de asociación, que cimentan la libertad de participación democrática<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> Véase HENRIQUE, Meier. *El Estado Democrático de los Derechos Humanos: defensa del modelo de Estado previsto en la Constitución del 99*. Caracas: Universidad Metropolitana, 2008. pp. 38 y ss.

<sup>184</sup> GARRIDO GOMEZ María Isabel. *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*. Ob.cit. p.71.

Lo expuesto anteriormente nos muestra que la democracia no puede subsistir si no está junto con el Estado de Derecho. Además, lo importante es la organización y el ejercicio del poder estatal que han de derivar de la voluntad del pueblo o han de ser atribuibles a ella. En la conclusión sobre la relación entre los dos conceptos, un filósofo italiano como Norberto Bobbio ha resumido la fórmula de que cada cual debe gozar de tanta libertad como sea compatible con la libertad ajena y puede hacer todo aquello que no dañe la libertad de los demás<sup>185</sup>.

### **II.3.3 Estado Democrático, Constituciones y Privatizaciones: España y Tailandia**

Gracias a la influencia de la Ley Fundamental de Bonn de Alemania de 1949, conocida como la primera Ley que establecía el concepto de Estado Democrático, se consagra de manera muy clara en el artículo 1.1 de la CE que España es un Estado Democrático. A su vez, el Estado Democrático español se caracteriza por la creencia de que la soberanía reside en el pueblo, siendo el legitimador del poder. El poder deriva de su soberanía según lo previsto en el artículo 1.2<sup>186</sup> de la CE y en otros preceptos de la Norma Suprema, como los artículos 66.1<sup>187</sup> -las Cortes Generales representan al pueblo español- y el 117.1<sup>188</sup> -la justicia emanada del pueblo-. En relación a las Cortes Generales españolas, el instrumento que se utiliza

---

<sup>185</sup> Ídem. p 75.

<sup>186</sup> El artículo 1.2 de la CE establece que: *"La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado."*

<sup>187</sup> El artículo 66.1 de la CE dispone que: *"1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado."*

<sup>188</sup> El artículo 117.1 de la CE reza que: *"1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley."*

es el sufragio universal, no es sufragio censitario, establecido en el artículo 68.5<sup>189</sup> -son electores y elegibles todos los españoles que estén en el pleno uso de sus derechos políticos- y en cuanto al Poder Judicial, la relación se establece con el artículo 125<sup>190</sup> de la CE.

Aparte del artículo 1.1 de la CE, se consagra el Estado democrático en el aspecto estructural en el artículo 9.2 con la obligatoriedad para los poderes públicos de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y cultural. Además, se concreta en el artículo 23<sup>191</sup> que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes. Conforme a lo que dispuesto el artículo 23, ha dicho Santamaría Pastor que el derecho que este artículo regula no es un derecho o libertad pública más, sino la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> El artículo 117.5 de la CE dice que: “5. Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España.”

<sup>190</sup> El artículo 125 de la CE dice que: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.”

Se nota que este artículo tiene su eje en la participación de los ciudadanos en la justicia (la participación es el núcleo del Estado democrático), es decir, es un precepto que regula los cauces de la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, en la acción popular, el Jurado popular y los tribunales tradicionales.

<sup>191</sup> El artículo 23 de la CE establece que:

“1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.”

<sup>192</sup> LUIS BREY, José, et al. *Derecho Constitucional de España (Sistema de la Constitución de 1978)*. Madrid: Editorial Universitas, 2006. p.79.

Lo que se consagra en el artículo 1.1 evoca a la filosofía del Estado Democrático para comprender la vida política y la democracia española. Los contenidos fundamentales de dicha filosofía, según Ángel Garrorena Morales, se pueden analizar en tres características: i) un concreto criterio respecto de la residencia de la soberanía; ii) una concepción plural de la sociedad, y iii) una paralela visión participativa del proceso público<sup>193</sup>. En primer lugar, en cuanto a la residencia de la soberanía, los artículos 1.2, 66.1 y 117.1 de la CE son las cláusulas principales de esta idea. En el proceso de ser un Estado democrático español, lo dispuesto sobre en relación con que la soberanía nacional reside en el pueblo español es la clave de la CE en la medida en que en él se señala el poder soberano y de él toman la legitimidad democrática los poderes del Estado. La adquisición de dichos poderes se realiza por la intermediación del sufragio universal, mecanismo previsto en el artículo 68.5, conforme al cual *“son electores y elegibles todos los españoles que estén en el pleno uso de sus derechos políticos”*.

En segundo lugar, un centro de gravedad del concepto de Estado democrático español es el pluralismo de la sociedad. Según el artículo 1.1, es una manifestación del carácter democrático del Estado español que el pluralismo político es uno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico español. La definición democrática de España implica una peculiar concepción pluralista de la realidad social, frente al unitarismo que preside la visión social propia de los regímenes autoritarios. La democracia supone una comprensión de la sociedad como entramado, como trama plural en la que interaccionan los distintos grupos sociales. La visión constitucional

---

<sup>193</sup> Véase GARRORENA MORALES, Ángel. *El Estado español como Estado Social, democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos, 1991. pp.120 y ss.



sobre el pluralismo se extiende a otros establecidos en la CE, por ejemplo, el artículo 6<sup>194</sup> -sobre la libertad de creación de los partidos políticos-, el artículo 7<sup>195</sup> -los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales-, el artículo 36<sup>196</sup> -los Colegios profesionales-, el artículo 52<sup>197</sup> -las organizaciones profesionales-.

En tercer lugar, es la visión participativa del proceso público. Esta característica de la definición democrática del Estado, principalmente, se relaciona con el artículo 23.1 *“Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.”* Esto significa que la conformación del poder en una sociedad democrática supone no sólo una comprensión plural, sino, además, una constante relación de participación en competencia entre tal pluralidad de individuos y de grupos. De este modo, las decisiones públicas se adoptan a través de la dialéctica de todos los participantes. Por eso, es indiscutible que el derecho concreto que se puede extraer desde este concepto es el *“derecho de participación”*. Las posibilidades que la CE otorga para hacer realidad los derechos de participación política se plasman en el ejercicio de los derechos de

---

<sup>194</sup> El artículo 6 de la CE reza que: *“Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”*

<sup>195</sup> El artículo 7 de la CE dispone: *“Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”*

<sup>196</sup> El artículo 36 de la CE establece: *“La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.”*

<sup>197</sup> El artículo 52 de la CE reza: *“La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”*

participación directa y de sufragio. El primero se reconoce mediante el ejercicio de métodos de la democracia directa, comprendidos en la iniciativa legislativa popular y en la posibilidad de convocar referéndum. Y el segundo es lo que hemos explicado ya en los párrafos anteriores.

En cuanto a Tailandia acerca de este tema, es sabido que su sistema político es una monarquía constitucional, similar al de España. Con respecto a la concepción de la soberanía, se establece en el artículo 3 de la Constitución de Tailandia que: *“La soberanía nacional reside en el pueblo tailandés. El rey es el jefe del Estado y ejerce los poderes a través del Parlamento, el Consejo de Ministros y los Tribunales, sujetos a lo establecido en esta Constitución.”* Esto es la aceptación de la concepción universal sobre los poderes estatales que se separan en tres: legislativo, ejecutivo, judicial, así como, la residencia de la soberanía en el pueblo tailandés. En cuanto a la representación del pueblo tailandés, es tarea y responsabilidad de los diputados y senadores. Los dos tienen que ejercer dicha función de forma honesta, en resguardo de los intereses generales del pueblo tailandés, sin conflicto de intereses (el artículo 122 de la Constitución de Tailandia). Un aspecto a destacar que contiene la Constitución de Tailandia es que la estructura interna y funcionamiento y las reglas deberán estar acorde al sistema del gobierno democrático bajo el Rey como Jefe del Estado, en virtud del artículo 65.2<sup>198</sup> de la Constitución de Tailandia. Una característica específica de la democracia tailandesa es la significación del rey que es el elemento de unión más importante que tienen los tailandeses. El Rey *Rama IX* es venerado en todos los rincones del país y sus fotos penden de todas las

---

<sup>198</sup> El artículo 65.2 de la Constitución de Tailandia establece que: *“Su estructura interna, funcionamiento y las reglas deberán estar acorde al principio democrático con el rey como jefe del Estado.”*

paredes de Tailandia. Es sabido por parte de los tailandeses que la expresión de la veneración no es obligatoria, sino es voluntaria para enseñar el agradecimiento.

Aunque la Corona tailandesa es un símbolo -estando sujeta a la Constitución y también las normas jurídicas-, tenemos un reconocimiento privilegiado, garantizado en la Norma Suprema, que es la existencia del “Consejo Secreto –*en inglés: The Privy Council*–”. Este Consejo está integrado por un Presidente y los 18 miembros, nombrados por el rey para ser un cuerpo consultivo del Rey (artículo 12 de la Constitución de Tailandia). La existencia de este órgano, se menciona, alguna vez, como un argumento de los contrarios a la monarquía, es decir, para acusarla que dicho Consejo sería una herramienta monárquica para la injerencia en el sistema político y jurídico acerca de los asuntos estatales, así como que podría perjudicar la democracia<sup>199</sup>.

Respecto al sistema electoral de Tailandia, es una mezcla entre dos sistemas: uno es el sistema de representación proporcional por medio de listas electorales; y otro es el de circunscripciones o distritos electorales. En este sistema, cada votante tiene dos votos: uno para el diputado de su circunscripción y otro para un partido en el área electoral del votante. Es decir, de acuerdo con el sistema electoral previsto en la Constitución de 2007, en el artículo 93, el número de escaños de la Cámara de Representantes es de 480, de los que 400 son elegidos directamente en las

---

<sup>199</sup> En Tailandia, el grupo “Camisa Roja” acusa siempre que *The Privy Council* del actual Rey está detrás de varias decisiones del ex Gobierno, el de Abhisit Vejjajeva –el ex Primer Ministro-, incluso el Golpe de Estado de 2006. Además, dicho grupo opina que *The Privy Council* es un Órgano que no tiene nada que ver con el concepto democrático porque todos los miembros son designados por el Rey de Tailandia.

157 circunscripciones o distritos electorales de manera directa, y 80 escaños de forma de representación proporcional por medio de listas electorales<sup>200</sup>. Dependiendo de la población, los distritos electorales oscilan entre un mínimo de un diputado y un máximo de tres.

En relación al reconocimiento constitucional de la participación de los ciudadanos de forma pluralista en virtud de la concepción de Estado democrático, se garantiza de manera clara en el artículo 65.1<sup>201</sup>, en cuanto al derecho a organizar partidos políticos, así como, la libertad de agrupación de los sindicatos, asociaciones agrícolas o empresariales u otra forma contenida que se garantiza en el artículo 64<sup>202</sup>. Además, la Constitución impone la competencia del Estado para promover la existencia de la participación real en Tailandia en el artículo 87<sup>203</sup>.

---

<sup>200</sup> En Tailandia, los 80 escaños son electos por el sistema de representación proporcional por medio de listas electorales, es decir, se requiere que cada partido presente una lista de candidatos al electorado - hasta 125 candidatos-, que los electores voten por un partido y que los partidos reciban sus escaños en proporción a su porcentaje de votación nacional. Los candidatos ganadores son tomados de las listas en el orden en que se ubican.

<sup>201</sup> El artículo 65.1 de la Constitución de Tailandia dice que: *"Los tailandeses tienen derecho a organizar los partidos políticos con el fin de crear la voluntad política beneficiada a todos los ciudadanos, sujetos al sistema de la democracia con el rey como jefe del Estado."*

<sup>202</sup> El artículo 64 de la Constitución de Tailandia dice:

*"1. Los tailandeses tienen la libertad de organizar sindicatos, asociaciones agrícolas o empresariales u otra forma*

*2. Los funcionarios públicos tienen la libertad de la agrupación como se ha dicho, pero no perjudican a la eficiencia de la administración y la continuidad del servicio público, conforme a lo dispuesto en la ley.*

*3. No se puede limitar citadas libertades en los apartados primero y segundo, salvo que a través de la ley para proteger los intereses generales de los ciudadanos, orden público o para proteger el monopolio económico."*

<sup>203</sup> El artículo 87 de la Constitución de Tailandia establece que:

*"El Estado tiene que seguir las políticas sobre la participación de los ciudadanos de estos modos:*

*(1) Promover los ciudadanos para participar en la imposición de políticas y planes económicos y sociales en el nivel nacional y regional"*

*(2) Promover y apoyar la participación de los ciudadanos respecto a las decisiones políticas, el planeamiento económico y social, así como, la gestión de servicios públicos.*

Como ya se han apuntado en los párrafos que anteceden, los tres núcleos conceptuales de Estado democrático son la residencia de la soberanía, el pluralismo de la sociedad y la visión participativa del proceso público y asunto público. Un supuesto indiscutible es que la presencia de las empresas públicas facilita el control político por el Parlamento más que la empresa privada o ya privatizada. Es sabido que la Constitución, tanto de España como de Tailandia, establece la concepción de que el Parlamento (en España; las Cortes generales) representa al pueblo para proteger los intereses generales de los ciudadanos en el artículo 66.1 de la CE y el artículo 122 de la Constitución tailandesa, por eso, el Parlamento tiene derecho a conocer y valorar las actividades de las empresas públicas, y también tiene derecho desde el pueblo a intervenir en su planificación o el control presupuestario sobre las empresas públicas. Conforme lo dicho, puede concluirse que en alguna actuación o gestión de empresas públicas, el Parlamento como representante del pueblo -como fruto del concepto de Estado democrático- puede controlarlas en miras de los intereses generales del pueblo.

Al contrario, cuando una empresa pública se privatiza, los órganos representativos del pueblo pierden su autoridad de control sobre dichas empresas, de forma definitiva. Esto supone que el Parlamento como

---

(3) *Promover y apoyar la participación de la revisión del ejercicio de los poderes públicos en todos los niveles.*

(4) *Promover fuerza política del público e impulsar la aprobación de las normas jurídicas sobre el fondo cívico para el desarrollo político para apoyar las actividades políticas en rurales, y apoyar la organización en cualquier forma para que puedan expresar sus opiniones y exigencias.*

(5) *Promover y educar a los ciudadanos acerca de la evolución política y el sistema democrático con el rey como jefe del Estado, así como, la promoción de las elecciones políticas honestas e imparciales.*

*La participación de los ciudadanos en el primer apartado tiene que respetar la proporción de cifra entre los hombres y mujeres."*

representante del pueblo no tiene importancia en el sistema de control. En esta línea, se puede hacer referencia de cierta circunstancia ocurrida en Tailandia. Como hemos apuntado sobre la relevancia del Budismo en el Estado tailandés con acento más notable que otra religión, sus preceptos influyen en los tailandeses. Algunas iniciativas o reconocimientos que los ciudadanos de otros países aceptan, no se toleran por los budistas tailandeses –como hemos dicho sobre la existencia de los productos de tabacos, alcoholes o también los juegos de apuestas-. Un ejemplo claro es acerca de las bebidas alcohólicas. Para la mayoría de los budistas, las bebidas alcohólicas contradicen a los preceptos del Budismo, pueden dañar la salud y, para ellos, no debería invertirse en el Mercado de Valores para ampliar la financiación, que suponga la promoción del crecimiento de los mercados y también los consumidores de dichos productos. En Tailandia, hay mucho rigor respecto a la prohibición de dichos productos en protección de la imagen moral, como hemos dicho que no se puede vender en los días festivos religiosos, ni beber, así como no pueden publicitarse en la televisión. Es decir, dichas actuaciones están prohibidas tanto jurídica como moralmente.

Un incidente ocurrido en 2010, ha sido una manifestación de ciudadanos y las ONG's motivadas para impedir la entrada de una Empresa privada *Thai Beverage* con su producto *Chang beer*<sup>204</sup> al Mercado de Valores de Tailandia. El motivo de esta resistencia fue el posible perjuicio a la imagen del Budismo a partir de una degradación de la imagen moral que este producto podría provocar, no por razón jurídica porque en las normas jurídicas no se prohíben ni prohibían esta entrada en el mercado. En este caso, el

---

<sup>204</sup> *Thai Beverage S A* es una empresa que produce bebidas populares; su producto más importante es la cerveza de Chang.

Parlamento tailandés como representante no puede hacer o resolver nada porque es una empresa privada, en cambio, si fuesen las empresas públicas las que actuasen de manera contraria a la moralidad, se podría aplicar el control parlamentario para tomar la decisión más favorable al pueblo tailandés. Además, si la decisión del control parlamentario estuviese en contra de la moralidad, podría contrapesarse por la decisión en las elecciones generales desfavorables a los políticos relacionados por los ciudadanos. Por lo tanto, se puede afirmar de modo resumido que una política de privatizaciones y una disminución del sector público empresarial no facilitan el control político y la capacidad directiva del Parlamento, que son garantías de Estado democrático, la privatización provocaría la incapacidad del control por el representante del pueblo, o sea, el concepto de Estado democrático y la política de privatizaciones en esta perspectiva son incompatibles.

Según dichas consideraciones de las tres formas de Estado relacionadas con la política de privatizaciones, podemos afirmar que la forma de Estado liberal, con la libertad y el derecho individual bastante amplio y extremo, adorando el capitalismo, reconducirlo en ciertos aspectos al estadio del *laissez faire, laissez passer*, puede conllevar desigualdades sociales extremas. Algunos afirmaron que el Estado liberal produciría la libertad para caer en la penuria, la libertad para aniquilar a los débiles. Para Ariño Ortiz<sup>205</sup>, esta situación se denomina “la locura liberal”.

Para arreglar dicha eventualidad, se dio paso a la forma de Estado de carácter social para servir de remedio a la sociedad procurando eliminar las

---

<sup>205</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de interés general*. Madrid: Aranzadi, 2007. pp.27 y ss.

desigualdades sociales. Se puede decir que el intento de remediar la situación de la “locura liberal” en los países de la Comunidad europea se configuró en el tipo de Estado Social que algunos llaman como “*la utopía socialista*”, “*nueva sociedad*”<sup>206</sup>, o algunos llaman como “*Estado de bienestar*”. Es indiscutible que esta concepción podría ser una traba para las privatizaciones, más que la forma de Estado de Derecho. Sin embargo, como hemos considerado, la intervención del Estado de forma proporcionada en los asuntos sociales sería una medida que podría resolver las dificultades provocadas por el Estado liberal –la desigualdad social–, además el Estado no actúa como Estado-empresario que impide la política de privatizaciones, sino como Estado-regulador, vigilante en las actividades gestionadas por los particulares. Sin embargo, en la actualidad, podemos observar en la prensa algún comentario crítico o escéptico respecto del Estado Social en momentos en que se procura aplicar y aprobar los planes de ajustes en los gastos públicos y de reducción o limitación en las prestaciones sociales. Resulta indiscutible que estas son las medidas que van en contra de la concepción de Estado Social pero, por el contrario, estarían a favor de la política de privatizaciones como medidas para salir de crisis económica.

Como hemos dicho, no existe de modo claro, en ninguna norma jurídica, sobre todo en la Constitución, alguna cláusula que establezca que el Estado tailandés es Estado Social. Sin embargo, conforme los detalles y contenidos constitucionales y lo que acontece en la práctica, podemos afirmar que tenemos prestaciones sociales que el Estado brinda pero que son

---

<sup>206</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Edi.). *Privatización y Liberalización de servicios*. Ob. cit. p 24.



incompletas como para considerarlo un Estado Social. La política de asistencia estatal para procurar la igualdad social es todavía de un nivel muy bajo, una asistencia social muy débil. Esto significa que no podemos caracterizar al Estado tailandés como un Estado Social, ni pensar que se configurará como tal en un futuro cercano. Sin embargo, aunque se está lejos de ser un Estado Social, este estudio podría ser un instrumento de gran utilidad para visualizar las características de un Estado Social y caminar hacia él.

Conforme lo arriba analizado, y de acuerdo con lo que claramente dispone la Constitución tailandesa, puede afirmarse que en Tailandia aún estamos en la fase de ser un Estado liberal. En consecuencia, la coyuntura tailandesa de la actualidad todavía está en la fase de tender hacia la privatización, desregulación, liberalización, de acuerdo con la noción de Estado de Derecho. Ciertamente, es positiva seguir con dicha coyuntura, pero lamentablemente la realidad enseña que los políticos tailandeses hacen abuso de sus poderes para lograr beneficios personales, lo que genera dudas y desconfianzas en torno a las decisiones que estos adoptan en dicha forma de Estado que se da en Tailandia. Lo dicho nos lleva a una cuestión: ¿Es necesario tener una norma establecida respecto de los procedimientos de privatizaciones en Tailandia? Esta cuestión se aclarará más adelante en la Parte cuarta de este Capítulo.

### **PARTE III: El respeto al fin de interés general como el principio de buena administración en los procedimientos de privatización**

Aparte de los tipos de Estado y de los principios y valores que los inspiran arriba mencionados, también el principio relativo a la actuación de la Administración es muy importante porque la Administración interviene en la privatización necesariamente en numerosos procedimientos privatizadores. Por lo tanto, los principios que se aplican para controlar la actuación, sobre todo la potestad discrecional, de la Administración son esenciales y, de alguna forma, deben ser aplicados con ocasión del análisis de la privatización de empresas públicas en este estudio.

En Tailandia, el sistema del control de la discrecionalidad administrativa es muy similar al que se aplica en España. Por ejemplo, en relación con los actos discrecionales y antes de llegar al control del ejercicio de la discrecionalidad propiamente dicha, existe el control en lo que se refiere al órgano competente, o a las reglas de procedimiento, o a los hechos determinantes (o sea el control de los hechos reales o los datos de la realidad) o a través de los Principios Generales del Derecho (por ejemplo, proporcionalidad, racionalidad, libertad, buena fe, entre otros). Además, hay que tener en cuenta un principio que no se destaca en el Ordenamiento Jurídico tailandés exactamente, pero que en España se ha aplicado con bastante frecuencia, que es el que se consagra en el artículo 103.1 de la CE:

*“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización,*

*desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”*

Es de destacar que la CE define con precisión, en el artículo 1.1, lo que es la Administración Pública en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, como lo hemos explicado en los párrafos anteriores. Según el artículo 103.1, la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales: Este precepto es aplicable a todas las Administraciones Públicas existentes en España, es decir, a la Administración como género<sup>207</sup>. Se trata de una institución abocada a un fin que es precisamente el servicio a los intereses generales.

La Administración Pública se presenta en el Ordenamiento Jurídico español totalmente organizada, como un auténtico órgano del Estado. La Administración Pública no es representante de la comunidad --como ocurre con el Parlamento--, sino una organización puesta su servicio. Así, el artículo mencionado subraya como primera nota definitoria su carácter “servicial”. La Administración es un instrumento al servicio de los intereses generales, no es un ente al servicio de sus propios intereses. Esta configuración determina el modo de ser y actuar de la Administración Pública, y coloca a los intereses generales como elemento clave de referencia para la Administración. Por lo tanto, la Administración Pública es una institución servicial de los intereses generales y estos intereses generales son los que explican la posición de la Administración y los poderes públicos que

---

<sup>207</sup> La STC 85/1983, de 25 de octubre, en el Fundamento jurídico 8, dice que “...Que el artículo 103 de la CE es aplicable a todas las Administraciones Públicas es algo que no puede ponerse en cuestión, más de ello no puede colegirse --pues no es ésta la misión del precepto-- que sus exigencias (o las de los otros preceptos) comportan un determinado esquema uniforme de las Comisiones seleccionadoras u un determinado sistema de publicación...”

ostenta. Posición limitado por los fines de su actuación que se constituyen en elementos para el posterior control judicial.

Además, hay que tener en cuenta que la relación de la Administración con la ley es algo distinto a la de los particulares con la Ley. Es decir, en España, y también en Tailandia, la relación de la Administración con la Ley puede ser configurada como *vinculación positiva*, es decir, la Administración no puede actuar a menos que su comportamiento se fundamenta en una Ley, la Administración sólo puede actuar cuando la Ley le reconoce tal potestad de acción. Por el contrario una relación jurídica configurada como *vinculación negativa* es que permite hacer todo salvo lo que prohíba la Ley. Esta vinculación es lo que se da en la relación entre particulares y la Ley. Se refiere esta teoría a que los particulares pueden realizar cualquier conducta salvo aquella que prohíbe expresamente la Ley. Es decir, para las personas particulares lo que no está prohibido se entiende permitido. Desde esta perspectiva, podemos comprender más claro el alcance del ejercicio y la concepción de la función de la Administración, que en todo caso puede actuar solamente cuando las leyes le dan potestad y para el fin para el que precisamente, se le atribuye la potestad. Si actúan sin dicha potestad, evidentemente serán ilegales las actuaciones realizadas.

Para Miguel Sánchez Morón<sup>208</sup>, la Administración debe articularse de la forma más adecuada para alcanzar su fin. Desde un punto de vista funcional no puede perseguir legítimamente intereses particulares o

---

<sup>208</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. La Concepción constitucional de la Administración Pública. En: CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (dir.). *Comentarios a la Constitución Española XXX Aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008. p. 1683.

privados, sino sólo los de carácter general. La peculiaridad de esa función de servicio consiste en que tiene que realizarse con objetividad, es decir, sin acepción de personas ni interferencias partidistas, sin favoritismo ni discriminaciones. Por eso, la Administración debe ser una organización profesionalizada, y los funcionarios no ser de un partido determinado sino de la Administración y su condición no depende de una elección política. Por lo tanto, se puede decir que la objetividad de la Administración, la imparcialidad del funcionario es un límite al poder de los gobernantes electos y al poder de los partidos políticos.

En cuanto a la concepción de los intereses generales, esta palabra puede abarcar muchas cosas. La CE, las leyes y los Tratados de la Unión Europea encomiendan una serie de tareas o funciones a los poderes públicos, determinando algunos intereses generales primarios. En el marco de dichas normas, se definen con detalle los intereses generales a tutelar en cada momento y el alcance y los límites de los poderes que otorgan a la Administración Pública competente para cumplir su función. Además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español también recoge esta concepción. Así, una de ellas, por ejemplo, la STC 340/1993, de 16 de noviembre, estableció que:

*“...la Administración Pública en nuestra Constitución: que sirve con objetividad los intereses generales (art. 103.1 de la CE), esta noción constituye una habilitación general para la intervención de las distintas Administraciones Públicas en defensa de dichos intereses, incluso cuando estos inciden sobre intereses particulares. De donde se sigue que la ley puede establecer la legitimidad de una actuación de las Administraciones Públicas*

*distinta de la prevista en el régimen general de una materia siempre que la misma sea necesaria para servir los intereses generales...”*

Aparte de la Norma Suprema española, la Ley que fija el régimen jurídico de las Administraciones Públicas es principalmente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reiterándose este concepto en su artículo 3.1 así:

*“1. Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.*

*Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.”*

Esto es corolario del mandato que la Constitución acoge en su artículo 103.1. Es la garantía reiterada en esta norma que será eficiente más en la práctica para el control de la actuación administrativa.

En la actuación de la Administración, la discrecionalidad surge cuando el Ordenamiento Jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés general. Sin embargo, en la práctica no sólo entran en colisión el interés general y el interés particular sino que también puede producirse un conflicto entre varios intereses generales. En este caso, una Sentencia del TC, la STC 14/2003, de 28 de

enero, ha señalado que las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable, de donde se desprende que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido, poniendo énfasis el TC en la necesidad de que la medida restrictiva de un derecho fundamental supere "el juicio de proporcionalidad" a cuyo efecto es necesario constatar si se cumplen los tres requisitos o condiciones siguientes: (i) si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito (juicio de necesidad); (iii) y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Además de dicho conflicto, se puede producir también la coincidencia entre ambos intereses. Un ejemplo claro es el siguiente: si tiene que construirse un colegio público para satisfacer el derecho a la educación, podría ser necesario expropiar a un particular los terrenos o el inmueble necesario para ello. De tal forma el interés del particular en mantener la propiedad de sus terrenos puede verse sacrificado en beneficio del interés general o público consistente en satisfacer el derecho a la educación a partir de la construcción de un Colegio. El interés general y el particular pueden así no coincidir respecto de una determinada persona. Pero ese mismo interés general, puede coincidir con el interés particular de los familiares que residen en la zona donde se va a construir el Colegio. En esa perspectiva los intereses

generales pueden coincidir con los intereses particulares de muchos, aunque no de todos.

Buscando la relación entre este principio y el tema de esta tesis, la privatización de empresas estatales, se nos presenta una pregunta interesante: en una privatización ¿se privatiza porque el poder público así lo quiere para satisfacer una razón personal o porque entiende que resulta conveniente o útil para el país, o sea para los intereses generales? La respuesta es que los poderes públicos para cumplir con la Constitución y las leyes de privatización de una empresa pública tienen que satisfacer los intereses generales, es decir, la base de privatización no puede hacerse en contra de las leyes y el Derecho y debería buscar siempre el servicio del interés general. La privatización que sigue con las paulas constitucionales y legales no se ejecuta para satisfacer intereses personales o de ciertos particulares, si ocurre esto, se configuraría la desviación desde el fin del interés general al interés particular. Así pues, en cuanto a la búsqueda del fin, podemos encontrar directrices en el Ordenamiento Jurídico. Las normas jurídicas establecen figuras y mecanismos tendentes a evitar desviaciones de poder de la Administración y, además, el interés general a alcanzar. Las potestades administrativas reconocidas por el Ordenamiento Jurídico no deben utilizarse con fines distintos de aquellos que justificaron su creación y reconocimiento en favor de la Administración.

Ese fin, como lo explican García de Enterría y Tomás Ramón Fernández<sup>209</sup>, puede ser expreso o tácito o un fin público –un interés público- previsto en

---

<sup>209</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2000. pp. 456 y ss.



el Ordenamiento Jurídico. En la opinión de Carmen Chinchilla Marín<sup>210</sup>, se entiende que ese fin es un elemento reglado de la actividad administrativa, porque ya desde la Constitución se determina que la Administración actúa sometida a una determinada finalidad constitucional y las normas concretas serán tan solo un derivado de ese fin principal, por lo tanto están sometidos al control jurisdiccional en un todo.

Por lo tanto, la desviación del poder, como una técnica francesa con origen en el Consejo de Estado Francés e implementada por la jurisprudencia española, fue aplicada primero por los jueces y luego paso a consagrarse en las leyes; es una herramienta de control judicial de la actividad administrativa, y en este caso es el control judicial de los procedimientos privatizadores. Es cierto que todas las leyes que otorgan potestades a la Administración lo hacen para conseguir un fin, y ese fin siempre es la satisfacción del interés público, más concretamente, la satisfacción de los intereses generales. Si la Administración ejerce sus potestades para conseguir un fin distinto del que la ley persigue o del genérico de perseguir el interés general se configura un abuso de poder o desviación de poder<sup>211</sup>.

Según el artículo 106.1 de la CE, los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la

---

<sup>210</sup> CHINCHILLA MARÍN, C. *La desviación de poder*. Segunda Edición. Madrid: Civitas, 1999, p. 17.

<sup>211</sup> En numerosas Sentencias del Tribunal Supremo español, se han resuelto sobre la noción de la desviación de poder, algunas de ellas, por ejemplo, en la antigua Sentencia de 27 de noviembre de 1961, ha dicho que una decisión basada en motivos o encaminada a fines diferentes de los que consagra el Ordenamiento Jurídico a aplicar, incide en la desviación de poder. O en la Sentencia de 6 de febrero de 1962: "...los Tribunales podrán apreciar la licitud o ilicitud de los motivos que han llevado a la Administración a dictar un acto..."

justifican, por lo tanto, cuando sucede la desviación de poder en cualquier forma, es causa de que el control judicial pueda fiscalizar y si se comprueba, que se ha desviado objetiva o subjetivamente del fin, se puede declarar inválida dicha actuación. Así pues, se puede decir que el control judicial se extiende al control de los motivos y del fin que se establece para que los poderes públicos no actúen en beneficio de sí mismos o de sus familiares, sino del pueblo.

Sin embargo, el control judicial no debería ser el único medio de defensa del Estado de Derecho. Es muy necesaria la existencia de leyes que acoten en lo posible la discrecionalidad de la Administración, por ejemplo, en materia de privatización. La Ley es el primer instrumento de garantía del Estado de Derecho. No puede confiarse todo al control judicial. Por tanto, debería existir una Ley que configurara la privatización, fijando condiciones, motivos, procedimientos y audiencia pública, plazo de los procedimientos. Si la Ley ha fijado el fin, los procedimientos, la razón de ser de las privatizaciones, entonces los Tribunales tienen instrumentos suficientes para hacer justicia. Por lo tanto, resulta preciso dar elementos de control de la discrecionalidad administrativa mediante la aprobación de leyes y, al final, el Poder Judicial puede controlar las eventuales actuaciones no conformes a Derecho con mayor eficacia. Esto sería el modo más eficaz de controlar a los poderes públicos en los procedimientos de privatización.

Además, en relación con los elementos que hacen al Estado de Derecho, se puede decir que la ley que regula lo que tiene que hacer la Administración Pública es un elemento capital. Sin dicha ley o normativa el Ejecutivo puede

decidir, elegir o hacer libremente porque no hay regla que regule cómo hacer, con qué requisitos. Sin regulación el poder público podría actuar por encima del Derecho porque no habría tal Derecho. Por eso, uno de los ejes en la perfección del concepto del Estado de Derecho es la ley, estando detrás de cada acción de los poderes públicos en el procedimiento privatizador. Entonces cuando los poderes públicos vayan a privatizar una empresa pública, tienen que explicar por qué la privatizan, en qué caso puede hacerlo, qué procedimiento tiene, qué objetivos o qué fines pretenden. Dicha explicación sería la más importante para que la privatización de empresas públicas se haga correctamente y cumpla con las exigencias del Estado de Derecho (sometido a Derecho), al contrario, si esto no existe, no hay Estado de Derecho en el procedimiento de privatización. Además, respecto al fin de cada actuación la autoridad judicial podría examinar y comprobar si el fin de cada acto es conforme o no a lo que las normas vigentes consagran.

En Tailandia, no existe ningún artículo en la Constitución tailandesa, ni en la normativa infra-constitucional que fije un principio parecido al consagrado en el artículo 103.1 de la CE. Esto causa un hueco o laguna en relación con los criterios de decisión de las autoridades administrativas que tiene su reflejo en el procedimiento privatizador. Es decir, ante la falta de límites explícitos a los fines de la actuación administrativa podría llegar a darse el caso de que el Poder Ejecutivo y la Administración Pública privatizasen una empresa estatal o gestionasen el procedimiento, persiguiendo fines que no coincidiesen con el interés general, incluso podrían perseguir exclusivamente intereses particulares. Esto podría llegar

a ocurrir en Tailandia en esta época. Esta situación podría solucionarse con dos posibles remedios:

En primer lugar, la posible técnica que podría resolver dicha dificultad sería la extracción y deducción de los principios latentes en el Ordenamiento Jurídico de Tailandia, sobre todo en la Constitución tailandesa para mostrar la importancia de que los poderes públicos y la Administración Pública de Tailandia respeten que sus actuaciones sirvan siempre con objetividad los intereses generales. Se trataría de una técnica consistente en observar, analizar, extraer y deducir desde la Constitución de mi país, reconstruyendo con base en principios y análisis sistemáticos una doctrina que ponga de manifiesto que en la Constitución tailandesa está presente al interés general como criterio de conducta de todos los poderes públicos.

Como sabemos la Constitución es una Norma Suprema, que fija y define las relaciones entre los poderes del Estado, y entre ellos mismos y sus ciudadanos, que establece las bases para el Gobierno y para la organización de las instituciones en que tales poderes se asientan, configurando y garantizando al pueblo los derechos y libertades. La Constitución consta de un conjunto de reglas y principios fundamentales que regulan el ejercicio del poder estatal. Por lo tanto, la Constitución normalmente no fija los principios con detalle, sino determina principios de carácter esencial o conceptual y deja abierta la interpretación constitucional. Así que, desde la Norma Suprema tailandesa, si se analizan determinados preceptos, se puede deducir que existe latente una doctrina sobre la importancia del servicio al interés general como principio legitimador de la acción pública. En efecto tal cosa puede deducirse del análisis de los siguientes artículos:

El artículo 26 de la Constitución de Tailandia establece que: *“El ejercicio de todas las autoridades estatales tiene que respetar a la dignidad humana, los derechos y libertades de los ciudadanos, y las previstas en esta Constitución y las leyes.”*

El artículo 74.1 dice que: *“Los funcionarios, trabajadores públicos, sectores públicos, empresas públicas están sujetos a la ley (...)”*.

Y el artículo 84 (2) establece que *“El Estado tiene que cumplir con las políticas económicas de estos modos:*

*(2) Aplicar la ética y buena fe de los asuntos públicos en todas las políticas y el funcionamiento de la economía”*.

Si observamos los artículos 26 y 74.1 de la Constitución de Tailandia, podemos afirmar que la Constitución garantiza el principio de legalidad, es decir, las actuaciones de los poderes estatales y de los funcionarios están sujetas a la Ley. Aparte de ello, en cuanto al principio de la *vinculación positiva*, como ya se ha mencionado, los poderes públicos o la Administración Pública pueden hacer o ejercer sus poderes, siempre que lo permita la Ley, es decir, no pueden actuar a menos que su comportamiento se fundamenta en una ley, así que las leyes son fuentes de todas las actuaciones de los poderes públicos y de la Administración Pública. Cuando una ley da potestades y funciones a la Administración Pública y la misma tiene que cumplir con el principio de legalidad, no resultaría suficiente para afirmar que existen los criterios de decisión de las autoridades administrativas sometidos al interés general. Sin embargo, la presencia del artículo 84 (2) de la Constitución de Tailandia pone de relieve una doctrina de carácter material, es decir, se enfoca en la aplicación de ética y buena fe

de los asuntos públicos en todas las políticas y la gestión estatal respecto a los asuntos económicos. Como sabemos la buena fe en la responsabilidad de la Administración Pública es un Principio General de Derecho que implica la rectitud y la honradez de las actuaciones de la misma. La Administración Pública, como servidor público, deberá actuar con honradez, desechando todo provecho o ventaja personal a favor de sí mismo o terceros, procurando satisfacer el interés general. Así pues, es preciso decir que la Constitución de Tailandia ya garantizaría el respeto al fin de interés general en relación con las actuaciones de los servidores públicos en las políticas económicas, y en este caso la política privatizadora. En efecto si cada concreta actuación privatizadora no pretendiera servir al interés general, no se respetaría el principio de buena fe y respeto a la ética en la actuación administrativa y, por tanto, no se respetaría ni la Constitución ni las leyes.

Según lo arriba mencionado, se puede decir de manera resumida que las leyes son la base de que los poderes públicos tengan sus potestades para desarrollar su actividad al servicio del interés general. Una conducta o una decisión de las autoridades acerca de cualquier política y sobre la gestión en relación con la privatización, debería ser recta u honesta, sirviendo con objetividad los intereses públicos. Si se privatiza con el fin distinto de interés general, obviamente es contrario a la buena fe. La finalidad de las leyes de un país como fuentes de potestades de los poderes públicos siempre debe ser el beneficio del conjunto de la población. Nadie podría concebir un Ordenamiento Jurídico que permitiera hacer una ley para favorecer a los intereses particulares de los ejecutivos o de sus familias. De ello podemos deducir que hay un sentimiento constitucional acerca de los

límites de los poderes públicos aunque no estén formulados de forma explícita en la Constitución. Pero nadie tiene la menor duda sobre los límites de los poderes. El espíritu que late en la Constitución es el del servicio al interés general de todos los poderes públicos y este espíritu se erige en límite de su actuación o poder y en fundamento de su control por los tribunales. Por lo tanto, aunque en Tailandia no exista el concepto parecido al establecido en el artículo 103.1 de la CE, se podría extraer desde dichos preceptos mencionados en la Constitución de Tailandia, los que implícitamente fuesen útiles, interpretándose para que los poderes públicos respetasen obligatoriamente el fin de interés general en todas las actuaciones del procedimiento de privatización.

Siguiendo con otro posible remedio para resolver las dificultades mencionadas en Tailandia sería, en segundo lugar, *la imposición de este principio de manera directa y literal en la normativa de Tailandia* que podría garantizar que el poder público realice su función de acuerdo con el interés general. Esta técnica sería también un remedio eficiente para solucionar la situación de falta de respeto del fin de interés general en el procedimiento de privatización de Tailandia.

Las dos alternativas nos llevan a plantear la siguiente cuestión: ¿cuál sería el remedio más oportuno para Tailandia? Hay que admitir que la situación de Tailandia está en vías de desarrollo, esto no sólo en el aspecto económico, sino también en el aspecto jurídico. En la actualidad, hay un gran número de problemas produciéndose en Tailandia, como por ejemplo los siguientes:

- a. Debates acerca de la Norma Suprema de Tailandia. Por ejemplo, la poca experiencia en relación con la aplicación de la actual Constitución de Tailandia –fue promulgada en 2007-, o la polémica respecto a la legitimidad del origen y fundamento de la misma porque esta Constitución está establecida por los constituyentes designados por la Junta Militar, a raíz del Golpe de Estado de 2006. Algunos dicen que es fruto de los militares<sup>212</sup>. Por lo tanto, el desarrollo de esta Constitución todavía queda en la oscuridad y, en la actualidad, se proponen numerosas reformas constitucionales.
- b. Los gravísimos problemas de la educación infantil y de población analfabeta o poca formada<sup>213</sup>. Los mismos ponen de manifiesto la gravedad de problemas como consecuencia del mal entendimiento acerca de los problemas públicos y acerca del funcionamiento del sistema. En alguna ocasión, los políticos utilizan o manipulan algunas veces a sus partidarios con absurdas razones para que luchen o se manifiesten a favor de ellos. Además, en cuanto al papel del poder judicial, cuando no se establece en normas de manera clara respecto a sus competencias o funciones, los políticos tailandeses suelen ignorarlas. Si esta cuestión se traslada a manos del poder judicial y sus resoluciones

---

<sup>212</sup> Sin embargo, aunque desde la mirada exterior se estaba preocupado por la legalidad de esta Constitución, se celebró el referéndum, por primera vez en la historia tailandesa, para la ratificación de esta Constitución por todos los ciudadanos.

<sup>213</sup> Aunque la Constitución de Tailandia, el artículo 49, garantiza la obligación del Estado para que los ciudadanos tengan oportunidad en la educación de modo gratuito con calidad al menos 12 años, en la práctica, según los datos del Ministerio de Educación, los tailandeses aun tienen problemas con la falta de educación. Además, Según datos de la Unesco, organizado entre los países sureste asiáticos, Tailandia es el cuarto en la lista que tiene numerosa cifra de los críos que faltan de educación. Se puede consultar dicho dato en la página web:

<http://www.unescobkk.org/education/news/education-for-a-sustainable-future-unesco-asia-pacific-regional-consultation-on-a-post-desd-framewo/>. Efectuada en fecha 17/05/2013.



resultan contrarias al interés de algún grupo de político, éstos convencerían fácilmente a sus partidarios en que los Tribunales son injustos e incitarían indirecta a sus partidarios a manifestarse contra la autoridad judicial. Un ejemplo claro es que en abril de 2013 se manifestó un grupo conocido como “*Camisas Rojas*”<sup>214</sup> contra el Tribunal Constitucional de Tailandia. La situación con numerosos manifestantes tuvo aires de violencia, éstos amenazaron la seguridad y la vida de los Jueces del Tribunal Constitucional, con el fin de desacreditar al Tribunal, o si pudieran, con intención de abolirlo<sup>215</sup>.

Lo dicho más arriba pone de manifiesto que aún queda mucha incertidumbre en relación con aspectos jurídicos fundamentales del Estado tailandés. Por tanto, para resolver el problema de falta de respeto al fin de interés general por parte de los poderes públicos en todos los asuntos, incluso en el procedimiento de privatización, se debería configurar una garantía expresa, clara, eficiente y oportuna, el segundo remedio, en relación con la obligación de servir al interés general en todas las actuaciones de la Administración Pública. En definitiva, se propugna una ley que expresamente disponga con carácter general que todas las

---

<sup>214</sup> Son seguidores del ex-Primer Ministro Thaksin SHINAWATRA, quien fue depuesto en un Golpe de Estado en septiembre de 2006, y son partidarios del actual Gobierno, presidida por la Primera Ministra, Yingluck SHINAWATRA, su hermana.

<sup>215</sup> La causa es que por los últimos fallos de este Tribunal se juzgaron en contra de los intereses del Gobierno. Los Camisas Rojas como partidarios del Gobierno se manifestaron para que sea abolido este Tribunal, con facilidad de manera indirecta de las Autoridades en la protesta. La razón que se mencionó para acusar este Tribunal algunas veces fue absurda, por ejemplo, la fuente de los jueces de este Tribunal no tiene nada que ver con los ciudadanos, porque no son electos por los ciudadanos, por lo tanto, no pueden dar justicia al país. Se pueden ver noticias respecto a dicha situación, por ejemplo, en la página web: <http://www.bangkokpost.com/news/local/348668/korat-red-shirts-to-join-mass-protest-against-constitution-court-wednesday>. Efectuada en fecha 20/05/2013.

actuaciones públicas están sujetas y obligadas a respetar y promover el interés general en todas y cada una de sus actuaciones, incluso en asuntos de privatización.

#### **PARTE IV: Exigencia de una norma aplicable en el procedimiento privatizador en Tailandia**

Recordemos que esta Tesis se centra en el estudio analítico de la privatización para mejorar el sistema de privatizaciones en Tailandia a través del método comparativo con las experiencias de España. Sin embargo, el modelo o experiencia española constituye un modelo que no se puede plagiar y aplicar directamente para adaptarlo en Tailandia, sino que tenemos que aprender los principios y resoluciones de esa experiencia que sean susceptibles de aplicarse más apropiadamente y conforme a razones basadas en el Derecho a la luz de nuestra propia cultura jurídica. Si nos referimos de las diferencias entre las realidades de España y Tailandia, algunas de ellas son la historia política, el sistema político y jurídico, la fiabilidad y confianza en las decisiones de los ejecutivos o políticos, la cualidad de ser un país miembro de la UE -que España tiene que seguir las políticas de la UE-, en tanto que, en cambio, actualmente no existe este tipo de integración económica oficialmente en Tailandia<sup>216</sup>. Por ello, la resolución de las dificultades privatizadoras que se dan en el Estado tailandés debería ser analizada tanto desde la experiencia española como desde las características específicas y propias tailandesas.

Como hemos indicado la naturaleza de la presencia de una empresa pública es manifestación de la potestad de la iniciativa pública en la economía,

---

<sup>216</sup> Tras la creación de la “Asociación de Naciones del Sudeste Asiático” –en inglés: *Association of Southeast Asia Nations: ASEAN*— en 8 de agosto de 1967, el paso siguiente será la iniciativa de la Integración Económica Regional, a partir de enero de 2015, con la cooperación de los diez países --Indonesia, Singapur, Tailandia, Birmania, Malasia, Camboya, Brunéi, Filipinas, Vietnam, Laos--. Esta integración se denominada como AEC – en inglés: *Asean Economic Community*— de forma similar a la UE.

industria o actividad comercial para prestar servicios a los ciudadanos; al contrario la naturaleza o el fin de todas las empresas privadas es la de ganar dinero, buscando el máximo beneficio. Según lo dicho, las dos tienen fines muy distintos desde el principio. La privatización de empresas estatales como la transferencia de propiedad pública a privada es el cambio de titularidad que implica un cambio de la naturaleza de empresa, por ello, es indiscutible que no es un procedimiento sencillo y puede dar lugar a muchas complicaciones durante el procedimiento. La creación del sistema del control será un tema imprescindible en el procedimiento privatizador. Cuando hablamos de este sistema, estoy convencido de que la parte más importante se centra en el control judicial a través del Tribunal Constitucional, los Tribunales Contencioso Administrativos -o el Tribunal Administrativo en cuanto a Tailandia-. Este tipo de control es el denominado control *ex-post*, es decir, el Poder Judicial resuelve de manera curativa los conflictos en los procedimientos de privatizaciones. Sin embargo, es preciso decir que dicha solución de carácter meramente curativo no es suficiente, algunos daños que se podrían producir en el procedimiento privatizador podrían no encontrar remedio posterior de modo fácil, por lo tanto, la consideración del control de carácter preventivo, o sea, la creación de herramientas de carácter *ex-ante*, sería un remedio interesantísimo para solucionar problemas acerca de las privatizaciones en el inicio de su procedimiento.

Una de las dificultades que surgen de manera más o menos frecuente, como hemos apuntado, en el procedimiento de privatización de Tailandia es la falta de buena fe del ejecutivo y de los políticos que perjudican los intereses generales con comportamientos corruptos y con la práctica del abuso de

poder en el ejercicio de sus funciones buscando satisfacer sus beneficios personales<sup>217</sup>. Esto significa que el ejercicio de los poderes públicos tailandeses podría provocar un conflicto de intereses en la operación de privatizaciones. Por lo tanto, lo que se propondrá en los párrafos siguientes será una herramienta preventiva que podría impedir desde el principio las malas conductas de los interesados en el procedimiento privatizador, que es la creación del instrumento de control del Legislativo sobre el Ejecutivo, es decir, debería establecerse una nueva legislación de carácter *ad hoc*, rigiendo el pleno procedimiento privatizador de manera más estricta, específica y concreta.

La mirada comparativa que esta Tesis propone entre Tailandia y España en relación con la privatización nos conduce en este momento a dar un vistazo sobre la idea de este tema en España. Ariño Ortiz ha propuesto un criterio práctico para analizar la necesidad de regirse por la Ley o no en el procedimiento privatizador, que es el siguiente: si la privatización significa una revisión de la naturaleza pública de las tareas, habrá de hacerse por Ley, porque se declararon públicas; si, por el contrario, la privatización supone el mantenimiento de la *publicatio* y conlleva exclusivamente la organización privada de una gestión de tarea pública, no será necesario que se haga por Ley, pudiendo instrumentarse por medio de decreto o simple acuerdo del Gobierno<sup>218</sup>. Sin embargo, esta técnica indica solamente la necesidad de contar con una norma de rango legal en el momento de cambiar la titularidad de empresa, no implica la necesidad de existencia de

---

<sup>217</sup> Como se ha señalado en el Capítulo primero que según la cifra mostrada en el año 2010 por la organización internacional “*Transparencia Internacional: TI*”, se ha reflejado que Tailandia estaba en el rango de transparencia en el 78º de los 178 países en total, mientras que España se situaba en el 30º.

<sup>218</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado; Crisis y reforma del sector público*. Ob.cit. p.244.

una norma específica aplicable en el procedimiento privatizador, como lo que estamos debatiendo.

Nada mejor que volver a analizar esta duda desde el texto constitucional. El artículo 128.2 de la CE reconoce de manera muy clara una habilitación de carácter general para que los poderes públicos desarrollen toda clase de actividades empresariales en concurrencia con el sector privado y también para que puedan reservar los servicios al sector público de manera exclusivamente monopolizadora. Se trata de una cláusula con una habilitación muy abierta a los poderes públicos para intervenir en la actividad económica, pero nunca se configura como una obligación<sup>219</sup>. Lo importante es que este principio constituye el fundamento, permitiendo que la actuación de la Administración se desarrolle de acuerdo con el principio de legalidad consagrado en el artículo 9.3 de la CE, por eso, dicha actividad del poder público debe ser una actividad normativamente habilitada, programada y determinada. Como se sabe una habilitación de carácter demasiado abierto puede dañar al interés general si no se concreta por el legislador a la vista de las circunstancias del caso, por lo tanto, es una obligación de los legisladores determinar la configuración del principio constitucional en la Ley. Sin embargo, la CE no determina un contenido sustantivo de la norma, es decir, no señala el sentido y contenido concretos de la regulación que han de contener, sino que otorga al legislador distintas posibilidades de configuración de la realidad. El legislador, en última instancia, puede optar en el momento de legislar entre las diferentes posibilidades que se le ofrecen. Esta situación provoca la existencia de la Ley que venga a circunscribir el preciso alcance del principio. Por ello,

---

<sup>219</sup> NIEVES DE LAS SERNA BILBAO, María. *La privatización en España Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Ob.cit. p.201.

puede decirse de manera resumida que la reserva de actividades en virtud del artículo 128.2 de la CE exige una ley concreta para reservar al sector público de los recursos o servicios esenciales.

Por el contrario, en cuanto a la transferencia, enajenación, o bien, la privatización de empresas estatales, ha opinado José María Souviron que aunque el artículo 128.2 de la CE exige Ley para la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, no cabe derivar de ahí que también se necesite Ley para la enajenación o transferencia de activos públicos, pues esta enajenación no es el *contrarius actus*<sup>220</sup> de la reserva de recursos o servicios del artículo 128.2 de la CE, ni comparte su naturaleza. Las Leyes generales existentes en España, por ejemplo, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria<sup>221</sup>, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas o la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, son suficientes para organizar estas privatizaciones<sup>222</sup>. Además, cuando consideramos la historia española que hemos expuesto en el Capítulo segundo, encontramos que se fijaba el camino mediante el Plan

---

<sup>220</sup> El *contrarius actus* se refiere fundamentalmente a la necesidad de que la disposición o acto derogador, sea formado tras del cumplimiento de los trámites que hubieran sido precisos para la formación de la disposición o acto derogado o anulado.

<sup>221</sup> Modificada por la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, por la Ley 22/2005, de 18 de noviembre y por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre.

<sup>222</sup> SOUVIRON, José María. La Privatización del Sector Público Empresarial del Estado en España (1996-2002): Aspectos Jurídicos. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Dir.). *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003): Resúmenes Ejecutivos*. Ob. cit. p.10. En cuanto a la venta de empresas estatales, no existe desde un punto de vista constitucional, una determinada exigencia legal para proceder a la creación o a la venta de las empresas o sociedades que actúan en el mercado. Sin embargo, en palabras de Ariño, dentro del sistema constitucional español, la venta de empresa estatal se puede optar por dos alternativas: i) en primer lugar, es posible habilitar al Gobierno con carácter general. De esta forma, éste podrá realizar -creando, extinguiendo o vendiendo empresas de propiedad pública- cuando, en su caso, considere más conveniente a los intereses del país; y ii) en segundo lugar, se puede exigir en cada caso concreto la intervención del Parlamento.

privatizador, por ejemplo, el *Plan de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado*, durante el Gobierno de José María Aznar, en el 28 de junio de 1996, denominado, en la actualidad, en el Gobierno de Rajoy como el *Plan de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional Estatal*. Por eso, se puede decir que, a diferencia de otros países con la Ley General de privatizaciones de carácter *ad hoc* como Francia, Portugal o Argentina,<sup>223</sup> España no ha elaborado una normativa específica que contenga los procedimientos legales de privatización, ni hay una exigencia constitucional.

Como se apuntó el propósito propuesto como objetivo principal de esta Tesis es el de aprender las experiencias españolas para poder adaptarlas a la privatización tailandesa, no obstante, no significa que se intente copiar sin más, la idea, forma o normativa española para solucionar dificultades en mi país, sino que se analizará y adaptará lo que resulte más apropiado y oportuno para ser aplicado en Tailandia para mejorar su sistema privatizador.

Desde el punto de vista constitucional tailandés, se puede decir que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 84 (1) de la Constitución tailandesa, se establece de manera parecida a lo establecido en el artículo 128 de la CE. Es decir, el Estado tiene que desregular las trabas normativas existentes que impiden la libre competencia y debe abstenerse de la promulgación de normas que apoyen el intervencionismo, salvo en algunas circunstancias con el fin de mantener la seguridad del Estado, preservación de intereses

---

<sup>223</sup> ACOSTA ROMERO, Miguel. La modernización del Estado, su redimensionamiento, la privatización de empresas públicas y servicios públicos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. N° 195-196 (Mayo-Agosto 1994). p.32.



comunes, o la prestación de servicios públicos, supuestos todos ellos en que el Estado puede promulgar la norma que le habilite a intervenir y reservar de manera exclusiva dichas actividades. Pero no se establece en ninguna cláusula la obligación de que el poder público tenga que promulgar una normativa de carácter *ad hoc* configurada el procedimiento de privatización, al igual que España. Por lo tanto, la existencia o inexistencia de esta ley no es cuestión impedida por la Constitución de Tailandia. Sin embargo, la necesidad de evitar riesgos de abuso de poder sería motivo fundamental para considerar la necesidad de contar con una Ley para regir todas las fases de privatizaciones de Tailandia. En los párrafos siguientes, no se propondrá la redacción del borrador de esta norma, no sería interesante para los lectores de esta Tesis, sino que se expondrán los conceptos jurídicos o perspectivas que deberían ser considerados como los fundamentos indispensables en esta normativa, separándose en ocho supuestos del siguiente modo:

#### IV.1 Principios jurídicos necesarios en el procedimiento privatizador.

Como se sabe la falta de consideración de principios jurídicos significativos es un problema básico que afecta el desarrollo del concepto de privatización en mi país. Los principios imprescindibles que deberían considerarse en esta propuesta normativa pueden variar según cada país, dependiendo de las situaciones, características de la empresa a privatizar, diferencias históricas o del sistema tanto político como jurídico, así que cada Estado tiene que adoptar los principios jurídicos más apropiados para su propio país.

Sin embargo, es indiscutible que hay unos principios que deben presidir siempre las operaciones estatales y deben ser respetados. Estos son los principios clásicos de la contratación pública, garantizando no sólo la justicia, sino también la eficacia y buena gestión.

En palabras de Rodríguez Chirillo, el procedimiento de contratación pública tiene que cumplir una doble finalidad: de garantía del interés público y del respeto del principio de igualdad de los ciudadanos ante los beneficios públicos, evitando toda posible conspiración entre la Administración y algunos particulares<sup>224</sup>. Además, si nos fijamos en las decisiones judiciales españolas, podemos extraer la lógica de sus principios. Se puede observar en una antigua Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de junio de 1976, que ha aludido a los principios imprescindibles en la contratación pública así: *“(...) el procedimiento de contratación tiende a garantizar el interés público, mediante la articulación de los tres principios cardinales de toda licitación: la publicidad, la concurrencia y la igualdad de oportunidades”*. Por lo tanto, en los párrafos siguientes se dedicarán a justificar los principios significativos que deberían considerarse y establecerse en esta propuesta normativa, que son; a) el principio de publicidad; b) el de la igualdad de oportunidades; c) el de concurrencia. Además, se comentará un principio que es indispensable en toda la operación pública, incluso en la privatización, que es d) el principio de transparencia.

---

<sup>224</sup> RODRIGUEZ CHILILLO, Eduardo J. *Aspectos jurídicos de la privatización de la empresa pública en España*. Getafe: Instituto de Estudios Económicos, 1993. p.193.

#### a) Principio de publicidad

Se empieza con *el principio de publicidad*. Este principio se basa en la promoción de la mayor competencia que se pueda lograr entre los interesados en el procedimiento privatizador<sup>225</sup>. En palabras de Ariño Ortiz, puede haber, en algún caso, alguna razón legal que aconseje reducir la convocatoria, pero en principio no resulta aceptable por sistema una especie de búsqueda directa y secreta de candidatos singulares<sup>226</sup>. A través de la publicidad clara y sistemática, todos los proponentes pueden brindar la misma posibilidad en el concurso. Claramente en España se reconoce la importancia de este principio que podemos encontrar en varias legislaciones de este país, por ejemplo, en el artículo 1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre que establece que: *La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad (...).*

#### b) Principio de la igualdad de oportunidades

En segundo lugar, como hemos indicado es inaceptable una especie de búsqueda directa y secreta de candidatos singulares, por eso, es evidente

---

<sup>225</sup> Varias Sentencias pueden citarse respecto de este principio, por ejemplo, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 18 de febrero de 2004. Además, se reconoció y reiteró numerosas veces en la jurisprudencia española su importancia en la contratación administrativa y el proceso de licitación, algunas de ellas, fueron, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 (nº de recurso 3171/1995), de 18 de febrero de 2004 (nº de recurso 6693/2001), de 6 de julio de 2004 (nº de recurso 3347/1999), de 18 de mayo de 2004 (nº de recurso 3674/1999), de 4 de junio de 2004 (nº de recurso 5286/2000).

<sup>226</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado; Crisis y reforma del sector público*. Ob. cit. p. 251.

decir que el principio de publicidad se relaciona profundamente con el *“principio de la igualdad de oportunidades”*, o bien, *“el de la igualdad de los particulares”*. La igualdad de oportunidades implica una combinación de aspectos constitucionales y redistributivos. Por un lado, será necesario atender a aspectos procedimentales, tales como proscribir limitaciones arbitrarias y, por otra, definir los mecanismos a través de los cuales dichos procedimientos se van a hacer realidad. En algunos procedimientos como la licitación o la venta de propiedades estatales, este principio es esencial para que todos los licitadores puedan tener oportunidades y para crear un mercado que fije el precio sin discriminaciones, ni barreras injustificadas práctica y jurídicamente.

Cuando hablamos de la aplicación de ambas doctrinas en el procedimiento privatizador, se podría adaptar, por ejemplo, al acceso a la información durante el trámite de la licitación, siendo inadmisibles las diferencias de trato que alteran la igualdad entre los posibles ofertantes, y también en el acto de selección de los adquirentes. Además, para que se cumpla con el principio de publicidad, debería fijarse en esta normativa el medio de publicidad, por ejemplo, se publicaría en los boletines oficiales o diarios oficiales de Tailandia, como veremos oportunamente. Así, se puede decir que los dos principios están relacionados entre sí y son muy importantes para inspirar al procedimiento de privatización.

#### c) Principio de concurrencia

En tercer lugar, es el turno de mencionar *“el principio de concurrencia”*. La promoción de la concurrencia concreta es un cometido del Estado,

buscando directamente posibles compradores entre las empresas del sector con capital, tecnología y redes comerciales, que sean capaces de sacarlas adelante. Su concreción se da con la existencia de unos sistemas de selección destinados a identificar al contratista de entre todos los posibles adquirentes. Podemos ver que obviamente ha sido reconocido en España que este principio es uno de los principios básicos que debe regir el procedimiento de privatizaciones, que no sólo se aplica a la selección de los compradores, sino también a la selección de todo tipo de asesores que participan en la operación privatizadora. Un ejemplo de la aplicación concreta de este principio en España era la creación de un órgano como el Consejo Consultivo de Privatizaciones: el CCP, en junio de 1996, con la función de velar, entre otras, por el principio de concurrencia. Es el principio significativamente aplicable en varias fases del procedimiento privatizador español, se ha de observar para la elección de los coordinadores globales o directores de la Oferta Pública de Venta: OPV.<sup>227</sup> Además, si observamos en las jurisprudencias españolas, fueron reiteradas las veces que se ha mencionado la importancia de este principio<sup>228</sup>. Es un requisito fundamental para concursar en la subasta, la vulneración de este principio puede causar la anulación del concurso<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. Ordenación de los mercados de valores y operaciones de privatización. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Edi.), *Privatización y Liberalización de servicios*. Madrid: BOE, 1999. p.89.

<sup>228</sup> Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2004, nº de recurso: 44/1999.

<sup>229</sup> Para asegurar la importancia de este principio, se puede observar desde la reciente resolución del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, pieza de Medidas Cautelares 674/2013-01, el 10 de julio de 2013. Este Tribunal ha paralizado el proceso de externalización de la gestión de seis hospitales públicos de Madrid, una de las medidas incluidas en el plan de sostenibilidad que la Comunidad de Madrid prevé ejecutar este año. El tribunal aceptó la petición urgente del Partido Socialista Madrileño (PSM) de suspender provisionalmente la ejecución de la decisión de la Vice-consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid que hacía público este concurso, que afecta a los hospitales Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del

En cuanto a Tailandia, se habla de este principio de manera muy amplia, pero todavía resulta enigmático e impreciso. Prácticamente, en la fase del procedimiento de buscar los contratistas, la falta del principio de concurrencia es uno de los puntos negros presentes en el procedimiento de contratación pública. Un ejemplo que acaba de suceder en el Estado tailandés se produjo en octubre de 2012, en la subasta de licencias móviles para la instalación de tecnología 3G. En efecto *“la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de Tailandia”* que tiene autoridad para realizar esta subasta ha seleccionado tres empresas privadas entre diversas para concurrir a la subasta, como consecuencia de ello en esta subasta se hizo posible la conspiración de las tres empresas ofertantes, es decir, en esta subasta existieron redes -como objetos de la subasta- en total 9 módulos que según reglas de esta subasta cada empresa no podía obtener más de 3 módulos, así que, ello significó que las empresas se repartieron proporcionadamente 3 módulos para cada una. Algunos opinaron que fue similar una tarta repartida entre todos pero sin verdadera concurrencia a partir de una conspiración en la puja que condujo al perjuicio de los intereses generales que el Estado debió de proteger, por eso, este conflicto se trasladó al Poder Judicial, al Tribunal Administrativo de Tailandia, para comprobar la legalidad de esta subasta. Se puede afirmar que el establecimiento de este principio en la norma regulatoria en Tailandia sería

---

Henares, del Sureste y del Tajo. El 11 de junio, el PSM acusó a la Consejería de Sanidad de haber aceptado una fianza de las empresas licitadoras a la gestión sanitaria que equivalía a un 5 % del importe anual del contrato, lo que según los socialistas "contraviene" lo dispuesto en la ley nacional, que marca que debe ser el 5 % del total. En el auto, fechado el 10 de julio de 2013, el juez expuso que "cuanto menos indiciariamente podría haberse modificado el importe de la fianza definitiva a prestar por la adjudicataria del concurso según lo previsto en el pliego de cláusulas" que dio origen al concurso. Por ello, el juez accedió a tomar la medida cautelar ya que, dada "la ya inmediata adjudicación de los contratos" anunciada por la consejería, "era más que probable que la adjudicación de los contratos se efectuara antes de la resolución judicial sobre la medida cautelar".

importantísimo para que todos, sobre todo las autoridades, lo cumplan y respeten seriamente durante todo el procedimiento de privatización.

Además de ello, en el ámbito del principio de concurrencia, también tiene que ser respetado el tiempo o plazo de realización del concurso, es decir, hay que garantizar a los concurrentes, dando el tiempo para preparar la oferta y la información sobre lo que se va a privatizar de manera suficiente y adecuada. En el caso de que si las autoridades fijen plazo sin sentido, es decir, tiempo muy corto o insuficiente para los preparativos en el concurso, infringiría al concepto de concurrencia que podría ser una razón para que sea invalido el concurso.

#### d) Principio de transparencia

El último principio indispensable en todo el procedimiento privatizador que resulta, de suma importancia en esta propuesta normativa sería "*el principio de transparencia*". Este principio, desde un punto de vista jurídico, se ha identificado con la publicación de la decisión administrativa y posteriormente con la necesidad de que la Administración de a conocer los motivos de por qué ha decidido en un sentido u otro. La diferencia entre el principio de publicidad y este principio es que el de publicidad hace referencia a la difusión de una información general con el objeto de posibilitar el acceso general al conocimiento de unos actos, mientras que el núcleo del principio de transparencia es para evitar los actos ocultos o encubiertos, y las desviaciones de poder en que puedan incurrir los gobernantes o funcionarios, garantizando que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Este principio puede conllevar que todas las condiciones y modalidades del

procedimiento de licitación o venta estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. En consecuencia, el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos en el procedimiento privatizador de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata.

En definitiva, este principio se debería respetar en todo el procedimiento privatizador. Se ha afirmado en palabras de Ariño Ortiz que los pliegos de condiciones, los proyectos de contratos, las condiciones y garantías de todo tipo, los plazos de ejecución y cualquier otro aspecto, deben ser públicos y conocidos<sup>230</sup>. En diversas sentencias españolas, también se ha puesto el acento en este fundamento como garantía que debe existir en cualquier contratación administrativa, siendo instrumento necesario para asegurar la objetividad y el principio constitucional de igualdad que necesariamente han de ser observados en esta clase de actuación administrativa (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2001, número de recurso: 8845/1997).

---

<sup>230</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado; Crisis y reforma del sector público*. Ob.cit. p.251.



Se puede decir de manera resumida que cada operación privatizadora requiere un traje a la medida. Los tres principios son principios básicos indispensables para cada fase del procedimiento privatizador. No son principios que solamente deberían considerarse por la conciencia individual de los poderes públicos, sino que deberían ser establecidos en la norma para que los poderes públicos tuvieran que cumplir como requisitos o condiciones esenciales; la falta de respeto por parte del Estado acerca de dichos principios, o sea, el poder público no puede otorgar razonabilidad a una decisión que siempre debe ir encaminada a la mejor satisfacción del interés público, sería una causa de invalidez del procedimiento privatizador que obviamente sería no sólo injusto sino erróneo que pudiera ser anulado por la autoridad judicial.

#### IV.2 Obligaciones de servicios

Esta propuesta tiene relación con el principio de igualdad de los ciudadanos en la prestación de servicios públicos privatizados. Es decir, tras la privatización de una empresa estatal, si esta empresa o su actividad se trasladan a manos de los particulares, es posible estar en contra de la igualdad de los ciudadanos para conseguir el servicio de manera justa con el precio asequible y con la misma calidad. Por lo tanto, sería mejor garantizar en esta normativa que después de la privatización, los prestadores particulares obligatoriamente respetasen el principio de igualdad de todos los ciudadanos, esto significa que el servicio público prestado por un particular debería garantizar que todos los tailandeses, estén en zonas rentables o en zonas rurales o no rentables, pudieran obtener

el servicio de igual modo sin ninguna discriminación geográfica, con un coste asequible. Cuando el Estado tailandés quiera trasladar la prestación de servicios públicos a los particulares, tendría que fijar de manera clara su obligación de respetar la igualdad. Para ello, por ejemplo, se fijaría en el contrato una cláusula que estableciese sus obligaciones de respetar la igualdad de los ciudadanos. De esta forma estaría obligado para que el prestador privado aceptase, respetase y cumpliera dicha cláusula, pues si no, no podrían tener la oportunidad de participar el procedimiento de privatización.

#### IV.3 El respeto al fin de interés general

Como hemos apuntado en Tailandia no existe ningún artículo en la Constitución tailandesa, ni en la normativa infra-constitucional que fije un principio parecido al consagrado en el artículo 103.1 de la CE. Ante la falta de límites explícitos a los fines de la actuación administrativa podría llegar a darse el caso de que el Poder Ejecutivo y la Administración Pública privatizasen una empresa estatal o gestionasen el procedimiento, persiguiendo fines que no coincidiesen con el interés general, incluso podrían perseguir exclusivamente intereses particulares. Para resolver este problema, debería fijarse la garantía expresa, clara, eficiente y oportuna, en relación a la obligación de servir al interés general en todas las actuaciones de la Administración Pública en esta normativa propuesta. Es decir, debería disponerse con carácter general que todas las actuaciones públicas están sujetas y obligadas a respetar y promover el interés general en todas y cada una de sus actuaciones, incluso en asuntos de privatización.

#### IV.4 Lista de empresas excluidas de la privatización.

La fijación en el texto legal de una lista o unos tipos de empresas estatales no susceptibles de privatización, o bien, la prohibición legal de privatizar algunas empresas estatales es algo necesario para Tailandia. Por la contracción conceptual con los principios jurídicos, como quedó apuntado en la segunda parte de este Capítulo, algunas empresas públicas en la perspectiva específicamente tailandesa no deberían quedar comprendidas dentro de la política de privatización. Las empresas estatales que deberían no ser privatizables serían, por ejemplo, la Oficina de la Lotería del Gobierno de Tailandia<sup>231</sup>, la Oficina del Monopolio del Tabaco de Tailandia<sup>232</sup>, la Organización de Destilería de Licores<sup>233</sup>, entre otras. Éstas son las que fabrican productos que se contradicen con los preceptos fundamentales de la religión budista, por eso, con la importancia de esta religión reflejándose no sólo en perspectiva religiosa sino jurídica, deberían imponerse claramente en el texto legal que dichas empresas no pueden ser objeto de la política de privatización en mi país.

#### IV.5 Sistematización de la ley

En cuanto al problema aludido sobre *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542*, para solucionar dicha dificultad se deberían transitar dos fases: la primera consistiría en la derogación de dicha Ley y trasladaría los contenidos esenciales de ésta a la nueva norma en que estamos configurando, la del procedimiento de privatización; y en la segunda fase, la

---

<sup>231</sup> En inglés: *The Government Lottery Office*.

<sup>232</sup> En inglés: *Thailand Tobacco Monopoly*.

<sup>233</sup> En inglés: *Liquor Distillery Organization*.

modificación de algunos preceptos que todavía podrían ser problemas en el procedimiento privatizador. Un ejemplo de esta modificación sería un vicio en *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público* que hemos citado previamente. En Tailandia, el poder para extinguir una empresa estatal - sociedad mercantil pero todavía está bajo el mandato estatal- queda en manos del Consejo de Ministros, en virtud del artículo 28 de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público*, al contrario, en España con arreglo al artículo 64 de la LOFAGE se permite la decisión del Consejo de Ministros solamente en casos tasados, pero normalmente es competencia del Parlamento. En consecuencia, como hemos concluido anteriormente, esta previsión sería un defecto que podría ser constitutivo de *fraude de ley*. Para resolver esta dificultad, debería sustituirse por el modelo español, es decir, se trasladaría este poder a manos del Parlamento tailandés, -que de acuerdo con la idea de Estado democrático el Parlamento es un representante del pueblo--, para poder opinar, considerar y revisar esta operación en un debate público con posibilidad de contradicción, en lugar del Consejo de Ministros con riesgos de caer en un abuso de poder de modo más fácil.

#### IV.6 Garantía de los derechos de los trabajadores

Esto es el reconocimiento y la protección fijados en el texto legal de los derechos de trabajadores en el procedimiento privatizador y tras privatizarse. Como sabemos los empleados y trabajadores son aliados valiosísimos de la operación privatizadora, sin la colaboración de ellos, difícilmente se llega al objetivo. Es innegable que se trata de un colectivo fuertemente afectado cuando se toma la decisión de privatizar la empresa para la que prestan sus servicios, ya en el momento de la toma de decisión, ya en los años inmediatos sucesivos a dicho acontecimiento. Obviamente,

una de las exigencias de toda operación privatizadora es el redimensionamiento y saneamiento de las plantillas de algunas empresas, lo que conlleva, a veces, la liquidación de una parte de la empresa. Por lo dicho, no se puede ignorar las consecuencias derivadas de la privatización con los trabajadores de la empresa que pasa a manos privadas. No se puede engañar a las personas involucradas diciéndolas que no se perderá ningún puesto de trabajo porque no es verdad. Por tanto, lo que resulta apropiado hacer es plantear la situación a las partes afectadas, para considerar de modo conjunto los posibles problemas a surgir y afrontarlos, por ejemplo, previendo jubilaciones anticipadas, constituyendo fondos de protección o realizando ofertas especiales de participación en la empresa como accionista en buenas condiciones. Sin embargo, es de reconocer que no es fácil dicha actuación.

Por lo dicho arriba, es necesario advertir que en la normativa que contemple esta situación, una de las condiciones favorables que debería asegurarse para tales trabajadores afectados es el derecho de adquirir un determinado porcentaje de acciones de la supuesta empresa privatizada. Esto no significa que se tienen que regalar las acciones como forma de indemnización laboral; las acciones tienen un valor y deben ser pagadas<sup>234</sup>, por el contrario, lo que se podría hacer es otorgar facilidades para que los afectados por la privatización puedan pagar el valor de tales acciones de forma cómoda o accesible, incluso, que sea posible su venta antes de concluir su pago o con ayuda financiera<sup>235</sup>. Aunque dicha actuación se puede realizar por vía de

---

<sup>234</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado; Crisis y reforma del sector público*. Ob. cit. p. 250.

<sup>235</sup> Aunque el otorgamiento privilegiado a los trabajadores afectados por la privatización es discutible respecto a la contradicción del principio de concurrencia, en mi opinión, deberíamos considerar que los trabajadores son los primeros afectados de la privatización

acuerdo durante el procedimiento privatizador, sería mucho más ventajoso en Tailandia establecerse en la normativa criterios claros, y respetando un procedimiento obligatorio para garantizar los derechos de los primeramente afectados por la privatización.

Durante el procedimiento privatizador, o después, podría ocurrir algún conflicto que afectaría a los trabajadores, por ello, deberían garantizarse sus derechos de manera más clara y amplia a través de la creación de una “*Comisión cuasi jurisdiccional*<sup>236</sup>” para vigilar y solucionar los conflictos que puedan acaecer. Esta Comisión tendría que remediar los conflictos que pudieran surgir a partir de cuestiones laborales por el incumplimiento de parte de unos y otros. Sería una vía alternativa como órgano más imparcial, más técnico, más eficaz que un órgano normal del sector público; actuando a partir de un procedimiento de protección de derechos más concreto y actuando como una garantía de la justicia de carácter previo a la vía judicial. La existencia de este órgano podría evitar la demora de propia de los procesos judiciales, y podría asegurar más independencia en su accionar ya este tipo de órgano normalmente no obedece a la línea jerárquica del Estado.

#### IV.7 Capital extranjero

Esto es la fijación del porcentaje máximo de propiedades, el que en ningún caso podrá exceder del límite, así como otros derechos reales en favor de

---

en cuanto a su estabilidad laboral y su futuro, etc., además, éste podría reducir la discusión de sí mismo desde el principio, por tanto, sería una medida interesante para constituirse en la norma que estamos configurando.

<sup>236</sup> Un órgano cuasi-jurisdiccional (en inglés: *Quasi-judicial body*) es una organización que tiene poderes similares a un tribunal, con la competencia de remediar una situación o imponer sanciones legales contra una persona física o jurídica.

extranjeros. En cuanto a este tema, es necesario decir que uno de los objetivos de la privatización es incrementar los ingresos públicos o conseguir liquidez. Una alternativa para conseguirlos proviene de los inversores extranjeros, por eso, es una de las razones de la privatización la atracción de capitales extranjeros que pudieran dinamizar la economía nacional.

En alguna ocasión, la participación de los inversores extranjeros con la proporción accionarial excesiva puede perjudicar a la empresa privatizada, es decir, es innegable que cuando los extranjeros pueden detentar acciones mayoritarias, el Estado pierde su control sobre dicha empresa, esto podría ser negativo sobre todo en algunos tipos de empresas, por ejemplo, las infraestructuras fundamentales del país. Por eso, el establecimiento normativo respecto de la protección contra el control accionario mayoritario por parte de extranjeros es muy importante. El Estado puede fijar dicha medida en normas, estableciendo, por ejemplo, la fijación de límites a la proporción de acciones que los extranjeros pueden adquirir de una empresa en procedimiento de privatización, o fijando que no se pueden vender las acciones a un inversor extranjero por encima de determinados porcentajes de capitales registrados: o imponiendo un techo de monto de capitales de una empresa por encima del cual ningún extranjero, o la suma de ellos, puede detentar acciones. Respecto de este tema podemos citar la Ley específica que configuraba el procedimiento privatizador de Francia, la Ley antigua 86/912, de 6 de agosto de 1986; su artículo 10 fijaba un máximo del veinte por ciento del capital de una empresa privatizada que podía hallarse bajo control extranjero<sup>237</sup>.

---

<sup>237</sup> Sin embargo, sobre este concepto en Europa con la integración comunitaria, la aplicación de limitación de un máximo del 20% del capital de una empresa privatizada que podía

Además de dicho motivo, la empresa puede ser controlada por un accionista nacional mayoritario, por eso, algunas de las medidas como la fijación de acciones máximas de cada comprador o la gran difusión en el reparto de las acciones<sup>238</sup> podrían garantizar una dirección estable en el Consejo de Administración de la empresa privatizada, evitando decisiones que pudieran perjudicar los intereses económicos del país.

Se puede resumir que la fijación de esta proporción sería un asunto jurídico-económico, es decir, tiene que convencer a los inversores extranjeros para generar y ampliar el negocio de la empresa privatizada, no obstante necesitaríamos considerar el impacto y crear un marco jurídico para que dicha entrada no perjudique al interés general del Estado. Se podría poner el acento en esta fijación del porcentaje máximo, que se aplicaría de manera más estricta, sobre todo en algunos tipos de negocios de empresas privatizadas, relacionado con la producción de bienes indispensable como la energía eléctrica. Aunque dichos sectores pueden estar operados por

---

hallarse bajo control extranjero fijada por la Ley francesa 86/912, de 6 de agosto de 1986, podía perjudicar a los inversores comunitarios, por eso, la Comisión recordó a las Autoridades francesas el contenido de los artículos 52 y 221 de TCE y de la Directiva 88/361/CEE y se comprometió a supervisar la aplicación de la Ley para garantizar que su aplicación no infringiera la normativa comunitaria. Por lo tanto, se modificó la Ley 86/912 por la nueva Ley francesa 93/923, de 19 de julio de 1993, y señala expresamente que el límite fijado para la participación de inversores extranjeros en las empresas afectadas por la Ley (un 20 por ciento) no resulta aplicable a los inversores comunitarios. {SANCHEZ BLANCO, Ángel. Libre competencia y modelos económicos públicos en la Unión Europea. En: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. *XVIII Jornadas de Estudio sobre; La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (III)*. Madrid: BOE, 1999. p. 641.}

<sup>238</sup> En una obra de un autor español, Javier CORCUERA ATIENZA, se ha mencionado una técnica francesa. La técnica del núcleo estable fue utilizada por primera vez en las privatizaciones francesas. Consiste en la selección por parte del Ministerio, entre una lista de solicitudes, de una serie de grandes accionistas que lleguen a cubrir alrededor del 25 por 100 de las acciones. Cualquier venta de acciones que aquéllos pretendieran hacer en el período de cinco años desde la venta inicial está sometida a la autorización de la junta de la compañía privatizada. [CORCUERA ATIENZA, Javier. Estado y economía en época de crisis: las privatizaciones. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. Nº 91 (Enero-Marzo 1996). p.37.]



agentes privados, es imprescindible que los poderes públicos garanticen que los objetivos del beneficio empresarial no se antepongan a las exigencias del servicio público<sup>239</sup>.

#### IV.8 Protección de consumidores y usuarios

Otro punto que es necesario tratar en relación con las privatizaciones es la protección de los consumidores y los usuarios. Las medidas que deberían ser impuestas son, por ejemplo, que el Estado reparta acciones a los pequeños accionistas previamente y luego a los grandes, la prohibición de repartir acciones de modo privilegiado, la creación del sistema controlador para que no exista la injusticia a los consumidores. Además, también la valoración de las consecuencias derivadas de la privatización es uno de los sistemas que pueda ayudarnos a mejorar el procedimiento privatizador. Esta Comisión y el conjunto de normas sobre su competencia serían imprescindibles para que se pudiera evaluar el éxito o fracaso de una privatización, para que se pudieran tomar las medidas adecuadas para lograr una experiencia favorable a la hora de traspasar la empresa a manos privadas.

Cuando el poder público va a privatizar alguna empresa pública, debería tener una norma o una Ley que regulara o limitara su decisión discrecional, y que abra paso a la necesidad de explicar por qué se privatiza una u otra

---

<sup>239</sup> En Tailandia se establece principalmente la limitación de participación de los extranjeros en la inversión en Tailandia en la *Ley de Inversiones de los Extranjeros B.E.2542 (1999)* que para ser una empresa tailandesa con algunos beneficios más privilegios los extranjeros no pueden detentar acciones en una determinada empresa más de 49 por ciento. Si se detentan más de dicho porcentaje por inversores extranjeros, dicha empresa es la de extranjeros que tiene algunas consecuencias distintamente.

empresa estatal; en qué casos puede adoptarse dicha decisión; qué procedimiento hay que seguir; qué objetivos o qué fines hay que perseguir, por ejemplo. Esto sería uno de los puntos más importantes a tener en cuenta para que la privatización de empresas públicas siga y cumpla con el concepto de Estado de Derecho. Si esto no existe, no hay Estado de Derecho en este procedimiento. Pues, en definitiva, se puede decir que dichos supuestos son los que deberían ser establecidos en la norma general de privatización de Tailandia, pudiendo denominarse como *La Ley General de Privatización de Empresas Públicas de Tailandia B.E (...)*. Esta sería la normativa donde se encontrarían las soluciones extraídas de la experiencia española y el modo más apropiado conforme con la característica específica del Estado tailandés para poder resolver dificultades que todavía siguen produciéndose en la actualidad en el procedimiento privatizador. Lo importante no es sólo señalar contenidos esenciales en esta propuesta normativa, sino advertir que hace falta en Tailandia una Ley como marco jurídico para configurar la privatización de empresas estatales de manera estricta que pueda evitar la arbitrariedad y la corrupción o abuso de poder por parte de los ejecutivos y políticos.

Sin embargo, lo que hemos indicado en este Capítulo obviamente son contenidos relacionados con el alcance jurídico, por eso, el siguiente Capítulo, se dedicará a la relación entre la privatización y el remedio jurisdiccional.

## CAPÍTULO IV

### TRIBUNALES DEL ORDEN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO, CONTROL JUDICIAL DEL PODER EJECUTIVO Y PRIVATIZACIONES

Un Estado moderno está compuesto de tres Poderes diferentes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El primer Poder tiene la función de crear las leyes (Parlamento), el segundo es el encargado de hacer cumplir las leyes y su aplicación (Gobierno y Administración) y, por fin, el tercero es el que debe interpretar las leyes y buscar soluciones ante los conflictos jurídicos (jueces y Tribunales). Dicha división está basada en “*el principio de separación de poderes*”. Este principio sigue siendo muy importante y está en todos los sistemas constitucionales.

El Capítulo anterior es claro que se dedica a los aspectos jurídicos de la privatización. Es evidente que los poderes que se vinculan con dichos aspectos son el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Por su parte este Capítulo se dedicará a profundizar en el aspecto jurisdiccional de control de la privatización.

Principalmente, la jurisdicción propia sobre el control de privatizaciones es el Orden Contencioso-Administrativo. Para comprender la función de este

orden, tanto de España como de Tailandia, tenemos que extraer enseñanzas de las normas procesales –en el caso español es la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en cuanto a Tailandia es *la Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa B.E 2542 (1999)*--, y de las resoluciones jurisprudenciales. En el caso de España, es fácil encontrar información relacionada, pero es complicado, para los interesados o los lectores que no saben tailandés, descubrir las de Tailandia por la razón de la lengua, tanto respecto de las informaciones del sistema jurisdiccional contencioso-administrativo como el papel del Tribunal Administrativo tailandés.

Este órgano judicial de Tailandia se fundó en 1999, así que resulta poco conocido en España por su reciente creación. Lo más interesante es que en varias perspectivas, este órgano es diferente al Tribunal de lo contencioso-administrativo de España, por ejemplo, la competencia y el sistema funcional, entre otras cuestiones. Además, aun existen dudas acerca de la competencia del Tribunal Administrativo en ciertos procedimientos de privatización, es decir, es un tema en el que aun existen puntos oscuros en la experiencia de Tailandia. Por eso, en los párrafos que siguen, con detalle, se presentará el origen, el sistema de esta jurisdicción en diversas características, las garantías de justicia y el papel en privatizaciones; todo bajo un análisis comparativo entre el sistema tailandés y el español. Además, se estudiarán las resoluciones jurisprudenciales y se presentará el análisis para buscar la salida jurídica, pudiendo solucionar las dificultades que podrían estar ocurriendo en la privatización tailandesa.

## I Breve historia de Tailandia

En cuanto a la historia del Reino de Tailandia, es un tema que se relaciona bastante con este trabajo en cuanto a la influencia conceptual, configurando el sistema jurídico y judicial hasta el presente. Se puede explicar brevemente desde el primer Estado, denominado el Reino de "*Sukhothai*". Fue fundado a mediados del siglo XIII, en 1238 (B.E 1781), con el sistema político "monarquía absoluta". Durante el reinado del Rey *Ramkhamhaeng*, fue el periodo más próspero de esta época con conquistas coloniales hacia el sur, oeste y noreste. Sin embargo, después de su fallecimiento en 1298 (B.E 1841), el *Sukhothai* comenzó a perder poder y, por fin, en 1438 (B.E 1981), fue absorbido por el Reino de "*Ayutthaya*".

Continuando con el Reino de "*Ayutthaya*". El Rey *Ramathibodi I* fundó la capital *Ayutthaya* en 1350 (B.E 1893). El *Ayutthaya* fue amistoso al comercio extranjero. Un Rey *Narai* tuvo fuertes contactos con el Rey Luis XIV de Francia. Por eso, éste fue el inicio de la influencia francesa en tierra tailandesa aunque Tailandia nunca ha sido una colonia europea.

Tras la caída de *Ayutthaya* en 1767 (B.E 2310), el Reino de *Thonburi* se convirtió en la capital de Tailandia. Sin embargo, el periodo de este Reino fue muy breve, sólo hasta 1782 (B.E 2325), y siguiendo con el actual Reino denominado "*Ratanakosin*". El primer Rey *Rama I* estableció la capital en Bangkok en 1782 (B.E 2325). Además, una obra muy importante del Rey *Rama I* fue el establecimiento de la primera Ley de Tailandia -*Kod Mai Tra Sam Duang*- en 1804 (B.E 2347). Los contenidos de esta Ley mayoritariamente eran los recopilados que estaban dispersos en la época anterior.

Decenas de años después, en el periodo del Rey *Rama V*, se inició el proceso de reformas desde las viejas estructuras económicas y políticas hacia un modelo más abierto y moderno para proteger el país del colonialismo europeo. Se creó el programa de modernización siguiendo el modelo de los países occidentales (sobre todo, de Inglaterra y Francia), se declaró la amnistía de los presos políticos y abolió la esclavitud, se inició el sistema monetario moderno y el calendario occidental. Además, una de las grandes iniciativas en su época fue la creación del Consejo de Estado en 1874 (B.E. 2417).

En 1932 (B.E 2475), ocurrió un incidente importante de la historia política de Tailandia, es decir, durante el reinado del Rey *Rama VII*, acaeció una revolución política sin derramamiento de sangre, denominada la “*Revolución tailandesa*”. Se transfirió el poder de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional democrática. En la actualidad, con el reinado del Rey *Rama IX*, el país se gobierna a través del sistema democrático parlamentario, donde el Primer Ministro es el jefe de gobierno. El Poder Judicial es independiente de los poderes ejecutivo y legislativo.

## **II Evolución histórica y garantías de la justicia de la jurisdicción contencioso administrativa de Tailandia: ámbito comparado entre España y Tailandia**

En la evolución histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa de Tailandia, desde la antigüedad, los conflictos contencioso-administrativos se solucionaban por el Rey o su equipo, no existía una institución específica, ni norma procedimental. En 1874 (B.E. 2417), por primera vez se creó el

Consejo del Estado de Tailandia como uno de los elementos de programa para modernizar el país con el fin de que se pudiera resistir la presión de colonialismo europeo. Pero en ese momento este organismo sólo tenía funciones consultivas al Rey, no tener la competencia para resolver los conflictos contencioso-administrativos. No obstante, en 1933 (B.E. 2476), un año después de la Revolución tailandesa, se modificó la ley del Consejo de Estado con la agregación de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en sus manos, parecido al Consejo de Estado de Francia (en francés: *Le Conseil d'Etat*).

Tras la Revolución tailandesa de 1932 (B.E 2475), el país se enfrentaba a varios golpes de Estado con las sucesivas derogaciones de la Constitución por los militares. Desde 1932 hasta el presente, Tailandia ha tenido 18 Constituciones. La actual Constitución es la de 2007 (B.E 2550), es decir, después del Golpe de Estado del 19 de septiembre de 2006 (B.E 2549), se abolió la Constitución de 1997 (B.E 2540) y fue promulgada la actual Constitución, establecida por los constituyentes designados por la Junta militar. Sin embargo, aunque desde la perspectiva exterior existía preocupación por la legalidad de esta Constitución, se celebró el referéndum, por primera vez en la historia tailandesa, para la ratificación de esta Constitución por todos los ciudadanos.

En cuanto a la creación del Tribunal Administrativo de Tailandia, fue consagrado, por primera vez, en la antigua Constitución de 1997 (B.E. 2540), en los artículos 276 a 280. De acuerdo con dichas cláusulas, el 5 de octubre de 1999 (B.E 2542), el Parlamento tailandés aprobó *la Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* B.E.

2542 (1999)<sup>240</sup> que es la norma principal de los procesos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, aunque luego se abolió dicha Constitución y se sustituye por la Constitución de 2007 (B.E 2550), se establecieron casi los mismos contenidos acerca del Tribunal Administrativo<sup>241</sup>.

En este momento, resulta interesante abordar la siguiente cuestión: ¿Cuál es la diferencia entre el órgano encargado de la jurisdicción contencioso-administrativa como el Consejo de Estado, por ejemplo, de Francia, y el Tribunal Administrativo de Tailandia? Si miramos superficialmente, los dos son similares porque son los que tienen competencia para resolver los litigios contencioso-administrativos. Sin embargo, si observamos el fundamento jurídico “el principio de la separación de poderes<sup>242</sup>”, podríamos apreciar la diferencia entre ellos. Es decir, en el modelo del Estado moderno, desde la Revolución francesa en 1789, la división de poderes estatales era uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho. El núcleo de este principio es que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben encontrarse separados o divididos, con el objetivo de evitar el abuso de poder. Por eso, el sistema jurisdiccional francés se caracteriza por la coexistencia de dos tipos de jurisdicciones el “judicial y

---

<sup>240</sup> Además de esta Ley, también existe otra norma procesal que establece los procedimientos contencioso-administrativos llamada *Reglamento Normativo del Tribunal Administrativo Regulador de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* B.E. 2543 (2000). Esta norma tiene la jerarquía normativa inferior a la Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero tiene mucha relevancia, porque configura los procedimientos contencioso-administrativos detalladamente.

<sup>241</sup> En la actual Constitución, se establecen la existencia y las funciones del Tribunal Administrativo de Tailandia en los artículos 223 a 227.

<sup>242</sup> Este principio era el fruto de un gran pensador, Montesquieu. En 1748, en plena monarquía absolutista, Montesquieu publicaba su obra “*El espíritu de las leyes*” donde exponía con precisión el Principio de Separación de Poderes. Este principio se auto-limita el ejercicio del poder por parte del Estado y se favorece la máxima libertad de los individuos.



administrativo”, totalmente independientes una de otra, ninguna posibilidad de que una pueda imponer su autoridad o decisión a la otra.

Sabemos que esta Tesis se refiere al ámbito comparado entre Tailandia y España, por eso, no estaría completo el tema aquí presentado si no hablamos de la experiencia española en este aspecto. Durante el Siglo XIX, junto a su actividad consultiva, el Consejo de Estado español desarrollaba funciones judiciales. Posteriormente, la Ley Santa María de Paredes de 13 de septiembre de 1888 transformó la jurisdicción de retenida en delegada, la función judicial se encomendaba a un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que formaba parte del Consejo de Estado. Con anterioridad, poco tiempo después sería la plena judicialización en el control de la Administración mediante la Ley Maura de 5 de abril de 1904, que suprimió definitivamente las competencias judiciales del Consejo de Estado y se trasladaron al Tribunal Supremo, Sala Tercera. Entonces, se creó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del 26 de diciembre de 1956, que optaba por un sistema judicial llamado *recurso contencioso-administrativo*, que ha sido reconocido como una verdadera jurisdicción contencioso-administrativa en España. Además, con la promulgación de la Constitución española de 1978 se afirma el control contencioso-administrativo en manos del Poder Judicial, es decir, se basa en el modelo judicialista hasta hoy en día.

Podemos ver que la concepción y evolución entre Tailandia y España son bastante similares, por ejemplo, la competencia del Consejo de Estado en asuntos contencioso-administrativos, el traslado de esta atribución al Poder Judicial. Sin embargo, desde alguna perspectiva se puede observar una

pequeña diferencia acerca de *la organización judicial* entre ellos. Es decir, en cuanto a España, desde la concepción constitucional, se reconoce *el principio de la unidad jurisdiccional* en el artículo 117.5 que es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales españoles. Esta cláusula afirma dicho principio e implícitamente se opone a la creación de las jurisdicciones especiales. Además, dicho principio queda reiterado en el artículo 3 de la Ley Orgánica, 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que: "*la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos*". Según esto, prácticamente, en la organización judicial española, la jurisdicción ordinaria se divide en cuatro órdenes jurisdiccionales: i) *civil*: examina los litigios cuyo conocimiento no venga expresamente atribuido a otro orden jurisdiccional. Por ello puede ser catalogado como ordinario o común; ii) *penal*: corresponde al orden penal el conocimiento de las causas y juicios criminales. Es característica del Derecho español que la acción civil derivada de ilícito penal pueda ser ejercitada conjuntamente con la penal. En tal caso, el tribunal penal decidirá la indemnización correspondiente para reparar los daños y perjuicios ocasionados por el delito o falta; iii) *contencioso administrativo*: el contencioso-administrativo trata del control de la legalidad de la actuación de las administraciones públicas y las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que se dirijan contra las mismas; y, por último, iv) *social*: que conoce de las pretensiones que se ejerciten en la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales entre trabajador y empresario con ocasión del contrato de trabajo como en materia de negociación colectiva, así como las reclamaciones en materia de seguridad social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral. Además de los cuatro órdenes jurisdiccionales, también existe en España la jurisdicción militar.

Ésta supone una excepción al principio de unidad jurisdiccional, conforme a la especialidad de la jurisdicción. No existe en España un orden jurisdiccional extraordinario, sin embargo, dentro de los órdenes jurisdiccionales mencionados, se han creado juzgados especializados por razón de la materia, por ejemplo, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, los Juzgados de vigilancia penitenciaria o de menores.

En cambio, en el caso de Tailandia, la organización judicial se basa en el modelo de *dualidad de jurisdicciones*. Es decir, existen los Tribunales ordinarios que responsabilizan a los órdenes jurisdiccionales: civil, penal, mercantil, propiedad intelectual y social, y tenemos también los Tribunales Administrativos separadamente para asumir la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, también está la jurisdicción militar conforme la especialidad de la jurisdicción. Por eso, es evidente señalar que en el carácter estructural o formal entre España y Tailandia se da una organización judicial distinta, sin embargo, en el carácter material, como los alcances de atribución de cada orden jurisdiccional, no somos tan diferentes.

Lo que hemos expuesto más arriba, el Tribunal Administrativo de Tailandia es un órgano judicial separado de los Tribunales ordinarios, este Tribunal está sometido a los principios sobre garantías procedimentales, por ejemplo, el concepto de la imparcialidad, la independencia de los jueces, la inamovilidad, condiciones del cargo y ascensos y la legalidad. En cuanto al principio de imparcialidad, existe la garantía de la imparcialidad del Tribunal Administrativo de Tailandia, por ejemplo, la proscripción de la

intervención de los jueces o magistrados en los asuntos que puedan tener interés particular, es decir, tiene que cumplir con el principio universal “*Nemo debet esse iudex in propria causa*” -en español: *nadie debe ser juez en causa propia*<sup>243</sup>-. Las partes tienen derecho a solicitar para que se abstengan de conocer o decidir los asuntos en que se vería perjudicada la justicia. Textualmente en la ley procesal, se garantiza este principio en el artículo 63.1 de la *Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción contencioso-administrativa de B.E 2542 (1999)*, que, por una parte, los litigantes pueden recusar a los jueces con causas establecidas en dicha cláusula, y, por otra parte, en el artículo 63.2, es la decisión propia de los jueces para retirarse del caso sin petición.

Siguiendo con el principio de independencia, los tribunales son independientes de toda autoridad o persona en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, incluso respecto de tribunales superiores y de los órganos de gobierno del Poder Judicial. En el Tribunal Administrativo de Tailandia, se garantiza este principio a través del sistema de selección y nombramiento de los jueces, en el artículo 15.1 de la *Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de B.E 2542 (1999)*, estableciendo que el *Consejo del Tribunal Administrativo*<sup>244</sup> selecciona los candidatos para ser magistrados del Tribunal Administrativo Supremo, y traslada la lista al Primer Ministro para pedir consentimiento del Senado. Tras el consentimiento del Senado, el Primer Ministro presenta al Rey para

---

<sup>243</sup> En inglés, “*no man can be a judge in his own cause*”

<sup>244</sup> Está integrado por 13 miembros, el Presidente del Tribunal Administrativo Supremo es el Presidente del Consejo, los cinco magistrados del Tribunal Administrativo Supremo, los tres del Tribunal Administrativo de primera instancia, los dos miembros designados por el Senado, y un miembro nombrado por el Consejo de Ministros. Sus funciones son parecidas a las de CGPJ de España.

nombrarles. En este caso, el Primer Ministro actúa solamente como cartero para presentar al Rey, sin comentario, ni dar opinión. Además, también en el caso de la designación de los jueces del Tribunal Administrativo de primera instancia, establecido en el artículo 19 de la misma ley, el proceso es similar al proceso de supremo, excepto la fase del consentimiento del Senado. Por eso, es evidente señalar que la independencia de los jueces y magistrados se garantiza de manera bastante completa en la jurisdicción contencioso-administrativa de Tailandia.

Sumado a lo expuesto, es necesario también considerar que durante el cargo de los jueces, la independencia de éstos puede verse afectada por su traslado o su suspensión. Esta independencia se garantiza gracias al *principio de la inamovilidad*. Este principio se enfoca en que los jueces estén al cargo hasta la edad de jubilación o la expiración de su mandato. Los jueces y magistrados son inamovibles y no pueden ser trasladados, ni suspendidos, excepto por las causas establecidas en la ley. De acuerdo con este principio, se establece en el artículo 27 de la *Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de B.E 2542 (1999)*, que no se puede trasladar jueces sin su propio expreso consentimiento, salvo por una de las cuatro causas: i) ascenso de los jueces; ii) por razón de la gestión de recursos humanos que normalmente es anual; iii) en caso de ser el juez autor de una infracción disciplinaria; o iv) en caso de que una demanda en asunto penal resulte admitida contra el juez como demandado. Esto quiere decir que, fuera de dichas causas, nadie puede impedir temporal o definitivamente a un juez o magistrado la permanencia en su cargo y el libre ejercicio del mismo.

La garantía de la independencia de los jueces se corresponde también con el sistema de ascenso de los jueces. Al igual que la selección y nombramiento inicial, debe fundarse en factores objetivos, es decir, en la capacidad profesional y la experiencia. En muchos países se han aprobado normas sobre la carrera judicial en las que se regulan el proceso de ascenso en el Poder Judicial, lo cual significa un avance para poner límites a la discrecionalidad, arbitrariedad, o a la injerencia de otros poderes. Lo mismo en el Tribunal Administrativo de Tailandia, por ejemplo, se garantiza en una normativa; *“Reglamento del Consejo del Tribunal Administrativo sobre el Traslado y Ascenso de los Jueces del Tribunal Administrativo de primera instancia de B.E 2554 (2011)”*, que establece el sistema del traslado o ascenso de los jueces en el caso ordinario o extraordinario. Sin embargo, según este Reglamento, un criterio aplicado con frecuencia es el criterio de la antigüedad en el cargo que suele ser considerado como prioridad. Éste es el criterio tradicional que está junto con la sociedad tailandesa en cualquier tipo de la evaluación en el sector público.

En cuanto al principio de legalidad, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, los jueces y magistrados están sujetos al texto constitucional y al resto del Ordenamiento Jurídico, al igual que el resto de autoridades y que los ciudadanos. Conforme a este principio, un ejemplo claro es la legalidad de actuaciones de los jueces en su competencia, tanto de carácter individual como jurisdiccional. Los jueces tienen que cumplir con la configuración de las jurisdicciones establecidas por la ley, es decir, no pueden juzgar los asuntos fuera de su autoridad o jurisdicción. Este principio se garantiza en el sistema de Tailandia también, a través de las

competencias del Tribunal Administrativo de Tailandia que, detalladamente, se reflejarán en los párrafos siguientes.

Se puede decir que dichos principios son un conjunto de formas tendientes a garantizar la plena independencia e imparcialidad de los jueces y magistrados del Tribunal Administrativo de Tailandia. Esos principios, además, no son considerados sólo en el ámbito judicial de cada país, sino que son garantizados en el ámbito internacional, por ejemplo, por la Comisión de Derechos Humanos. Pues, aparte de dichas aclaraciones, en los siguientes párrafos, se mostrarán las características destacadas de las normas principales de este Tribunal.

### **III Ley de Creación de Tribunal Administrativo, Jurisdicción Contencioso-Administrativa y características destacadas**

Como se ha dicho antes, las competencias y los procesos jurisdiccionales del Tribunal Administrativo de Tailandia se configuran en dos normas principales, una es *la Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de B.E 2542 (1999)*, y otra es *el Reglamento Normativo del Tribunal Administrativo Regulador de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa B.E. 2543 (2000)*. En el caso de la primera norma, ésta contiene 107 artículos, mientras que la segunda consta de 116 artículos. No es necesario en esta Tesis explicar todos los procesos establecidos en dichas normas, porque no se refiere al objeto de su estudio, pero hay algunas características destacadas que pueden ser útiles para la consideración en el ámbito comparado porque existen ciertas diferencias

respecto al juicio contencioso-administrativo de España. Algunas de ellas son las siguientes:

En primer lugar, se aludirá al sistema procesal del Tribunal Administrativo. Se desarrolla el proceso a partir del modelo denominado “*sistema inquisitivo o inquisitorio*”. Es decir, es el sistema en el que el juez es el director absoluto del proceso<sup>245</sup>. Las partes pueden intervenir en los procesos sin necesidad de contratar a un abogado. En este Tribunal se ha elegido este modelo respondiendo a la naturaleza de este juicio en el que una de las partes litigantes es la Administración o sector público que ostenta el poder público y que tiene más facilidad para acceder a las evidencias; así se pretende evitar situaciones de injusticia entre partes desiguales como litigantes. Por eso, el juez contencioso-administrativo tiene un papel imprescindible en la búsqueda y consecución de pruebas para equilibrar la desigualdad en el juicio. En cambio, en el enjuiciamiento de los Tribunales ordinarios tailandeses --penal, civil, mercantil, social, laboral, propiedad intelectual-, se aplica “*el sistema acusatorio*”<sup>246</sup> en el proceso debido a la igualdad de oportunidades de lucha entre las partes.

En segundo lugar, sobre la estructura del Tribunal Administrativo de Tailandia, el Tribunal consta de dos niveles jerárquicos, por un lado, el

---

<sup>245</sup> Se configura claramente en el artículo 5 apartado 1 del *Reglamento Normativo del Tribunal Administrativo Regulador de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* B.E. 2543 (2000) establece que “*El sistema procedimental de este Tribunal es el inquisitorio, conforme a lo establecido en la Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción contencioso-administrativa y este Reglamento.*”

<sup>246</sup> El sistema procedimental “*acusatorio*” es un sistema donde las partes se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial. Insta a que las partes opuestas presenten la pertinente información y que expongan e interroguen a los testigos antes de ir al tribunal. Cada parte debe dirigir su propia investigación.



Tribunal Administrativo Supremo y, por otro, el Tribunal Administrativo de primera instancia<sup>247</sup>. En el caso del Tribunal Administrativo Supremo, es el único del país, con sede en Bangkok. Es el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo. Su jurisdicción se extiende a todo el territorio tailandés. En cambio, el Tribunal Administrativo de primera instancia se separa en dos: el Tribunal Administrativo Central y el Tribunal Administrativo Regional<sup>248</sup>. Los dos tienen la misma competencia pero cada uno tiene jurisdicción sobre un territorio determinado.

En tercer lugar, una de las características más destacada en la jurisdicción contencioso-administrativa de Tailandia es la existencia de un juez *rapporteur public*<sup>249</sup> -antiguamente llamaba el *commissaire du gouvernement*-, en el modelo francés. En el Consejo de Estado de Francia, en el proceso común, es obligatorio que el juez *rapporteur public* tenga autoridad para intervenir en la audiencia pública para presentar sus conclusiones orales sobre cada caso. Sin embargo, a pesar del antiguo nombre de *commissaire du gouvernement*, no es comisionado y no representa el gobierno, sino que es un miembro del Consejo de Estado cuya misión es exponer las cuestiones que plantea el caso contencioso y dar a conocer sus conclusiones sobre las

---

<sup>247</sup> Según la Constitución Tailandesa de 2007 (B.E 2550), el artículo 223.3 “Existe el Tribunal Administrativo de primera instancia y Tribunal Administrativo Supremo, sin embargo, también puede crearse el Tribunal Administrativo de Apelación”

<sup>248</sup> Establecido en el artículo 7 de la Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa B.E. 2542 (1999).

<sup>249</sup> Después de alrededor de 150 años del servicio del *comisario del gobierno* en el juicio francés, recientemente, ha cambiado el nombre, desde el 1 de febrero de 2009, del *commissaire du gouvernement* al *rapporteur public* –en castellano literalmente comisario del gobierno y relator público, respectivamente–, en virtud del artículo 1.1 del Decreto Número 2009-14, de 7 de enero de 2009 (*décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009*), modificando la Ley de justicia Administrativa, (*Le code de justice administrative*) los artículos L.7 y L. 522-1.

circunstancias de hecho del caso y las reglas jurídicas aplicables, y, además, proponer la solución del caso.

Como se ha analizado anteriormente, alguna parte del sistema jurisdiccional contencioso-administrativo de Tailandia está influenciada por el modelo francés, debido a la historia diplomática en la antigüedad entre ambos países. En el juicio contencioso-administrativo tailandés la aplicación del *rapporteur public*<sup>250</sup> es muy amplia, es decir, antes de la vista del juicio, el juez ponente pasará el expediente al juez *rapporteur public* para considerar y preparar conclusiones de las cuestiones de hecho, aspectos legales y proponer opiniones al respecto, y presenta a la Sección; asimismo este juez participa en la exposición oral, con la Sección, en el día de la vista. Además, el juez *rapporteur public* tiene derecho a acudir para deliberar en la sesión de la Sección para realizar la sentencia, pero no puede votar la sentencia. En

---

<sup>250</sup> Se establece en la *Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* B.E. 2542 (1999), el artículo 58 así:

*“Antes de la vista del juicio, el juez ponente pasará el expediente al juez “rapporteur public” para considerar y preparar una conclusión de las cuestiones de hecho, asuntos legales y opiniones al respecto, y presenta a la Sección, además, participará en la exposición oral con la Sección en el día de la vista. El juez rapporteur public tiene derecho a estar en la consideración y en la reunión para realizar la sentencia del caso, pero no puede votar en el caso.*

*En la vista del juicio de cualquier caso, si el juez rapporteur public piensa que han cambiado los hechos durante el juicio, deberá elaborar una nueva conclusión de hechos, asuntos legales y opiniones al respecto para su presentación a la Sección de nuevo.*

*El Presidente del Tribunal Administrativo de primera instancia o el Presidente del Tribunal Administrativo Supremo nombrará el juez rapporteur public entre los jueces contencioso-administrativos en ese Tribunal que no es un juez de la Sección que realizará el caso.*

*El juez rapporteur public en el Tribunal Administrativo Supremo podrá ser nombrado entre los jueces del Tribunal Administrativo de primera instancia.*

*El nombramiento y el desempeño de funciones del juez rapporteur public deberán ser conforme a la norma establecida por el Reglamento de la Magistratura del Tribunal Administrativo Supremo.*

*Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación a los casos especificados en la norma establecida por el Reglamento de la Magistratura del Tribunal Administrativo Supremo”.*

cuanto a la designación del juez *rapporteur public* en cada litigio, es decisión del Presidente del Tribunal Administrativo de primera instancia o el Presidente del Tribunal Administrativo Supremo que nombrará al juez *rapporteur public* entre los jueces contencioso-administrativos que no sean jueces de la Sección que fallarán el litigio. En la práctica, aunque dicho sistema puede crear el ambiente donde el Tribunal Administrativo pueda garantizar la justicia más completa a los litigantes, podría ser argumentado sobre la dilación en juicio por la presencia del juez *rapporteur public*. En dicho argumento, no existe ninguna dificultad en Tailandia porque se nombran los jueces *rapporteur public* aparte de los jueces ordinarios, por ello, prácticamente no ha existido este tipo de problema.

En cuarto lugar, en relación con las competencias, conforme al artículo 9 de la *Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* B.E. 2542 (1999), se pueden clasificar las competencias del Tribunal Administrativo de primera instancia en seis tipos<sup>251</sup>:

---

<sup>251</sup> En inglés, la *Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* B.E. 2542 (1999), el artículo 9 apartado 1 así:

**Article 9:** *The Administrative Court have the competence to try and adjudicate or give orders over the following matters:*

- (1) *the case involving a dispute in relation to an unlawful act by an administrative agency or State official, whether in connection with the issuance of a by-law or order or in connection with other act, by reason of acting without or beyond the scope of the powers and duties or inconsistently with the law or the form, process or procedure which is the material requirement for such act or in bad faith or in a manner indicating unfair discrimination or causing unnecessary process or excessive burden to the public or amounting to undue exercise of discretion;*
- (2) *the case involving a dispute in relation to an administrative agency or State official neglecting official duties required by the law to be performed or performing such duties with unreasonable delay;*
- (3) *the case involving a dispute in relation to a wrongful act or other liability of an administrative agency or State official arising from the exercise of power under the law or from a by-law, administrative order or other order, or from the neglect of official duties required by the law to be performed or the performance of such duties with unreasonable delay;*
- (4) *the case involving a dispute in relation to an administrative contract;*

- a. Litigios sobre ilegalidad de un acto de una Administración o de un Agente del Estado ya sea un reglamento, una orden o cualquier otro acto, que se impute falta de competencia, violación de la ley, o vicio de forma, mala fe, o que resulte discriminación injustificada o incumpliendo procedimiento sobre formalidades, creando cargas suplementarias para el público o constituyendo una discreción ilícita.
- b. Litigios relativos de incumplimiento por una Administración o por un Agente del Estado de un deber impuesto por la ley o por el retraso excesivo de un incumplimiento de tal deber.
- c. Litigios tendiendo a imputar responsabilidad por falta de una Administración o de un Agente del Estado resultante sea del ejercicio de su poder en virtud de la ley, sea de un reglamento, de una decisión, sea de la falta de un incumplimiento de un deber impuesto por la ley o el retraso excesivo en el incumplimiento de tal deber.
- d. Litigios relativos de los Contratos Administrativos.
- e. Litigios previstos por una Ley, obligando a una Administración o de un Agente del Estado a plantear un recurso ante una jurisdicción para ordenar una obligación a una persona de hacer o no hacer.
- f. Litigios sometidos a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de la ley.

---

(5) *the case prescribed by law to be submitted to the Court by an administrative agency or State official for mandating a person to do a particular act or refraining therefrom;*  
 (6) *the case involving a dispute in relation to the matters prescribed by the law to be under the jurisdiction of Administrative Courts.*

En el caso del Tribunal Administrativo Supremo, según el artículo 11<sup>252</sup> de misma Ley, las competencias son de cuatro tipos<sup>253</sup>:

- a. De las apelaciones interpuestas contra una decisión de una comisión cuasi-jurisdiccional<sup>254</sup>, de acuerdo con las reglas establecidas por el *Asamblea General del Tribunal Administrativo Supremo*.
- b. De los recursos relativos a la legalidad de Decreto-Reales o de los reglamentos adoptados por el Consejo de Ministros o aprobados por el Consejo de Ministros.
- c. Sobre los litigios atribuidos por la ley.
- d. Las apelaciones interpuestas contra un juicio a una decisión de los Tribunales Administrativos de primera instancia.

Conforme al artículo 11, excepto el cuarto tipo, los tres primeros litigios son de los que se conocen en única instancia. En la práctica, existen sólo los litigios del segundo, tercero y cuarto en la actividad de este Tribunal, que prácticamente no nos encontramos con litigios del primer tipo porque

---

<sup>252</sup>En inglés, la *Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* B.E. 2542 (1999), el artículo 11 establece así:

**Article 11:** *The Supreme Administrative Court has the competence to try and adjudicate the following cases:*

- (1) *the case involving a dispute in relation to a decision of a quasi-judicial council as prescribed by the general assembly of the judges of the Supreme Administrative Court;*
- (2) *the case involving a dispute in relation to the legality of a Royal Decree or by-law issued by the Council of Ministers or with the approval of the Council of Ministers;*
- (3) *the case prescribed by the law to be within the jurisdiction of the Supreme Administrative Court;*
- (4) *the case in which an appeal is made against a judgment or order of an Administrative Court of First Instance.*

<sup>253</sup> Según dichos tipos de la competencia del Tribunal Administrativo Supremo de Tailandia, los casos relacionados a los actos administrativos se juegan por este tribunal también, mediante el recurso de apelación contra las sentencias o los autos dictados por el Tribunal Administrativo de primera instancia –el cuanto tipo–.

<sup>254</sup> Una comisión cuasi-jurisdiccional (en inglés: *Quasi-judicial body*) es una organización que tiene poderes similares a un tribunal, con la competencia de remediar una situación o imponer sanciones legales contra una persona física o jurídica.

después de la creación del Tribunal Administrativo desapareció la comisión cuasi-jurisdiccional. En relación a la privatización, es necesario señalar que el segundo litigio es protagonista, representa la mayor cantidad de denuncias ante el Tribunal Administrativo Supremo toda vez que la mayoría de las empresas estatales grandes se crean por norma con rango de ley -aprobada por el Parlamento- y se extinguen por el Real Decreto -aprobado por el Consejo de Ministros-. Cuando existen conflictos acerca del Real Decreto, se trasladan al Tribunal para resolverlos. Por lo tanto, existen muchas resoluciones jurisprudenciales de este Tribunal relacionadas con la privatización, alguna de las cuales se destacarán los siguientes párrafos.

#### **IV Potestades Ejecutivas, Control judicial y Privatizaciones**

Como hemos apuntado anteriormente, los poderes estatales se clasifican en tres, legislativo, ejecutivo y judicial. De acuerdo con el principio de separación de poderes, como fruto de la teoría de Estado de Derecho, cada uno tiene autonomía para poder ejercer su potestad. Sin embargo, no significa que cada poder tenga facultades ilimitadas en el ejercicio de sus funciones. Por eso, para prevenir que una rama del poder se convirtiera en suprema, se crea un sistema de *checks and balances* -en español: controles y contrapesos-.

En cuanto a la estructura del Poder Ejecutivo, se puede describir como aquél compuesto por Gobierno y Administración Pública, es decir, el Poder Ejecutivo desarrolla las políticas y se encarga de la ejecución de las leyes a

través de una estructura específica compuesta por Gobierno y Administración. Su finalidad principal consiste en hacer cumplir las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, así como planear y ejecutar el programa de gobierno y dirigir la Administración Pública a tal fin. Su arquitectura presenta una cierta complejidad por los numerosos matices que presenta. El Gobierno goza de una naturaleza dual, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional, es decir, es tanto Gobierno como Administración. En cuanto a la Administración, es el instrumento esencial correspondiente al Poder Ejecutivo referido a las actividades de gestión a la satisfacción de las necesidades públicas y a la realización de un servicio público. Dicha estructura del Poder Ejecutivo, el Gobierno y Administración, es universal, aplicándose en numerosos Estados modernos.

En este momento, hay que tener en cuenta que sobre el acto de Gobierno, es posible distinguir en dos campos de actividad: el político y el administrativo. El primero es una modalidad de ejercicio que el orden jurídico otorga expresamente al Gobierno para ejercer la función política, con el fin de satisfacer los intereses públicos. Puede confundirse entre el acto de gobierno o político y el acto administrativo, pero una distinción que el profesor García de Enterría ha explicado es que de todas las autoridades inferiores al Gobierno, al Consejo de Ministros, o a los Consejos de Gobierno de las Comunidades autónomas no pueden emanar actos de gobierno, actos políticos<sup>255</sup>.

---

<sup>255</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas, 1974, p. 51.

Además, el acto político es un acto que se ha considerado que no puede ser revisado por el Poder Judicial, sobre todo por la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta situación en España se reflejó en la antigua Ley de 27 de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que excluía del control de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo *"las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno..."* que se reconocía en el artículo 2. b)<sup>256</sup>, además, en la *Exposición de Motivos*, decía que *"(...) Con este criterio se definen, por exclusión, las cuestiones ajenas a esta Jurisdicción. Entre ellas se incluyen las relativas a los actos políticos, que no constituyen una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales."* Sin embargo, dicha Ley se sustituyó por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y se produce un cambio sobre este asunto, es decir, en la Ley 29/1998, su artículo 2.a)<sup>257</sup>, estableciendo que la jurisdicción se extiende a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, (...) en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las CCAA, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos. Esto significa que no podrá examinar la

---

<sup>256</sup> El artículo 2.b) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. (Vigente hasta el 14 de diciembre de 1998) establecía que: *"No corresponderán a la Jurisdicción contencioso-administrativa:*

b. *Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativa."*

<sup>257</sup> El artículo 2.a) de la Ley 29/1998 establece que: *"El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:*

a. *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos."*



actividad política del Gobierno por la jurisdicción contencioso-administrativa debido a la existencia del control político de las Cortes o de las Asambleas Legislativas autonómicas, sin embargo, si dicha actuación gubernativa afecta o perjudica a terceros lesionado los derechos de los ciudadanos<sup>258</sup>, con el fin para proteger los derechos fundamentales de la persona, la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud del artículo 2.a) de la actual LJCA, puede comprobar la legalidad de dichos actos en sus elementos reglados y en la determinación de las indemnizaciones que fuesen procedentes.

En cambio, dicha cuestión es distinta de la perspectiva tailandesa. El acto de gobierno está exento de control completamente por el orden contencioso-administrativo en mi país, por razón de que existe otro órgano, como el Parlamento, encargado de mantener equilibrado el sistema, conforme a la teoría de controles y contrapesos. Por eso, no puede entrar la jurisdicción contencioso-administrativa a esta zona del Poder Ejecutivo, porque ello implicaría violentar la división de poderes y su terreno reservado.

Siguiendo con el segundo campo de la actividad ejecutiva, *“la potestad administrativa”*, este poder está regulado casi totalmente por el derecho. El Gobierno y la Administración tienen que ejercer sus potestades emanadas de las leyes o normas para producir y distribuir a los ciudadanos los servicios públicos. Pueden definirse como los poderes de acción que son

---

<sup>258</sup> ALCUBILLA, Enrique Arnaldo, VALVERDE, Rafael Fernández. *Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Ob.cit. pp. 982-983.

una manifestación del poder soberano del Estado, emanadas de la Ley, para la satisfacción de los intereses públicos.

En cuanto a la clasificación de potestades administrativas, se pueden distinguir en numerosas formas. Una de ellas se basa en forma de la atribución de la potestad que podemos separar en dos: *potestades regladas* y *discrecionales*. En la primera forma, son aquellas potestades que están absolutamente determinadas con la ley o norma jurídica que regula todos los elementos de dicha potestad, es decir, la ley define todas las condiciones de ejercicio de la potestad de forma clara y exhaustivamente.

La segunda forma de la potestad administrativa es la *potestad discrecional*. Son aquellas que permiten un cierto margen de apreciación valorativa a la Administración en su ejercicio o actuación. Es decir, la ley define ciertos aspectos pero no todos y remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de las condiciones. La discrecionalidad supone un margen de libre elección por parte de la Administración entre varias posibilidades igualmente lícitas. El margen de discrecionalidad se expresa en la norma que atribuye la potestad. Los poderes son otorgados por la ley para cumplir con una finalidad específica. Por tanto, existirá discrecionalidad siempre que el legislador haya otorgado a la Administración un margen de decisión que no esté determinado por la norma<sup>259</sup>.

---

<sup>259</sup> Una característica destacada es que en las potestades discrecionales permiten un ámbito de libertad a la Administración que se manifiesta, habitualmente, mediante la utilización del verbo “podrá”.

Hay que tener en cuenta que esta potestad podría confundirse con *el concepto jurídico indeterminado*. Es decir, se entenderán los conceptos jurídicos indeterminados como aquellos que la ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que admite ser precisado en el momento de la aplicación<sup>260</sup>. En este caso, está claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución. Por eso, son términos notoriamente diferentes la potestad discrecional y el concepto jurídico indeterminado. La diferencia radical entre el concepto jurídico indeterminado y la potestad discrecional es que para el primero existe una sola solución justa, al contrario, para el segundo se permite una pluralidad de soluciones justas, es decir, puede optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho<sup>261</sup>.

Según lo expuesto hasta aquí, una observación que podemos hacer respecto de la doctrina de discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado es que respecto a la concepción de discrecionalidad, hay varias soluciones que son justas y la Administración es libre de elegir. En cambio, el concepto jurídico indeterminado no tiene más que una sola solución.

---

<sup>260</sup> En palabras de García de Enterría, el *standard* de conducta del buen padre de familia, la buena fe, el orden público o las buenas costumbres como límite de la autonomía de la voluntad, fuerza irresistible, etc., todos estos conceptos son conceptos jurídicos indeterminados, en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata. (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, Ley e inmunidades del poder*. Segunda Edición. Navarra: Civitas, 2004. P 42.)

<sup>261</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Ob. cit. p.458.

Sin embargo, en realidad no es eso siempre así. Es decir, en relación con la discrecionalidad administrativa, la decisión de la Administración Pública para elegir una entre varias soluciones, podría explicarse o justificarse con razón del mejor servicio al interés general de la solución elegida respecto de las demás. Las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la Ley que no es otra que la del mejor servicio al interés general para lo que reconoce una discrecionalidad pero no para que la Administración elija caprichosa o arbitrariamente, sino para que elija la mejor de todas; elección que no puede hacer la Ley y por eso la delega al Ejecutivo<sup>262</sup>. Cuando la Administración Pública tiene que tomar decisiones entre numerosas soluciones, a pesar de que sean justos todas ellas, tendría que elegir una solución que sea la mejor y la más de acuerdo con los intereses generales, de acuerdo con el artículo 103.1 de la CE y el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por lo tanto, podría decirse que no significa que en una actuación discrecional la Administración Pública puede elegir libremente la solución porque en realidad es una decisión que debe ser la mejor alternativa para favorecer a los intereses generales. Por ejemplo, al elegir una empresa contratista en una obra pública o en la privatización la Administración podría escoger con cumplimiento de los criterios establecidos en las leyes, sin embargo, lo más importante es que tendría que motivar por qué dicha selección es mejor que cualquier otra, por beneficiar más al interés general. El acto discrecional que se ha desviado de su fin, del fin en vista del cual el Ordenamiento otorgó el poder, o el fin de

---

<sup>262</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, Ley e inmunidades del poder*. Segunda Edición. Navarra: Civitas, 2004. pp 35-36.

interés general, ha cegado la fuente de su legitimidad. Incurrir en un vicio que, naturalmente, puede ser fiscalizable y podría ser anulable por los tribunales.

Debe notarse que en la práctica quien ostenta el poder público, a veces lo puede utilizar injustificadamente para explotar o dañar a otros. Por eso, el control de dicho poder se diseñó desde la antigüedad para proteger a los ciudadanos. Se creó el sistema del control tanto en España como en Tailandia mediante dos fases: la primera fase es la revisión de toda actuación administrativa de quien la dicta, es decir, es la revisión por parte de la Administración. Dicha revisión, en España, se puede realizar de oficio<sup>263</sup> -la técnica de control que habilita a la Administración para revisar sus propios actos- o la revisión del carácter impugnatorio<sup>264</sup> -los afectados por un acto pueden impugnar mediante los recursos administrativos ante la Administración para revisar su acto-. En la práctica, en España se configura dicho sistema fundamentalmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -LRJPAC-<sup>265</sup>, mientras que en Tailandia se configura del mismo modo en la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo B.E 2539 (1996)<sup>266</sup>. Luego, si no existe acuerdo unánime respecto de la salida impuesta por la Administración, se pasa a la segunda fase del control, que es el control por parte de las

---

<sup>263</sup> Se establecen en la LRJPAC en los artículos 102 a 106.

<sup>264</sup> Se establecen en la LRJPAC en los artículos 107 a 118.

Esta técnica, en ocasiones, es un requisito importante para interponer recurso contencioso-administrativo en la vía jurisdiccional.

<sup>265</sup> Se modificaron muchas cláusulas de esta Ley por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC.

<sup>266</sup> Se establecen en *la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo B.E 2539 (1996)* en los artículos 44 a 53.

autoridades judiciales. Los dos tipos de control se aplican no sólo con los poderes discrecionales, sino también con los poderes reglados. No obstante, no es el objeto de estudio en este Capítulo la primera fase del control, sino la segunda. El control por el Poder Judicial sobre todo en la discrecionalidad, es un tema en el que numerosos y prestigiosos autores de España han opinado distintamente. Por su mayor relevancia, se comentará en los siguientes párrafos para aclararlo en detalle.

Comencemos la cuestión analizando la raíz terminológica de la discrecionalidad. En España muchas han sido las definiciones aportadas respecto de este término, entre ellas la de García de Enterría<sup>267</sup>, quien señala que *“la discrecionalidad es una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos”*. Por su parte, Tomás Ramón Fernández, afirma que lo característico de todo poder discrecional es la existencia de una pluralidad de soluciones conformes con la norma habilitante de dicho poder. Santamaría Pastor ha dicho que cuando nos encontramos ante una potestad discrecional, la Administración puede elegir entre diferentes soluciones todas ellas igualmente válidas. El profesor, Luciano Parejo Alfonso ha explicado que la discrecionalidad consiste en la atribución a la Administración, por el legislador, de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad dentro de la cual pueden darse varias actuaciones administrativas igualmente válidas por ser todos conformes con el Derecho aplicable.

---

<sup>267</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Navarra: Aranzadi, 1999. pp. 55-56.

Aparte de los autores españoles, un autor estadounidense, Ronald Dworkin, ha explicado que dicho poder es una facultad propia de un órgano en un sistema normativo dado. Esta facultad exige que exista una norma que la legitime y la acote. Sin esta norma no tiene sentido hablar de discrecionalidad, y añade que, análogamente, la discrecionalidad es un vacío de normas, un espacio abierto entre ellas, sin dejar de ser, sin embargo, una facultad atribuida a un juez o a un funcionario y que presupone la existencia de normas que la acoten.

Según este autor, existen dos sentidos a tener en cuenta respecto de esta palabra, un sentido *débil* y otro *fuerte*. El primero<sup>268</sup> es aquel que permite al funcionario aplicar el discernimiento en la interpretación de una norma poca clara o que no admite una aplicación mecánica. El ejemplo que ofrece es el de qué ocurre con el dictado de una orden para demoler un edificio que amenaza ruina. En dicho ejemplo, la discrecionalidad *débil* está limitada por estándares que le son impuestos al órgano administrativo. En cuanto al segundo sentido, el *fuerte*, viene a ser la discrecionalidad que se da cuando el funcionario que va a decidir no se encuentra vinculado por estándares impuestos por normas, por lo tanto, este poder de decisión es bastante amplio. Sin embargo, este tipo de decisión no equivale a una libertad sin límites, porque, en cualquier caso, debe desenvolverse respetando ciertos

---

<sup>268</sup> En la obra de CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. p.193, dice la Profesora Eva Desdentado Daroca, que denomina la discrecionalidad débil de Dworkin como la discrecionalidad instrumental, porque se refiere a los supuestos en que las normas no permiten una aplicación mecánica sino que exigen una operación de discernimiento, como ocurre con el dictado de una orden para demoler un edificio que amenaza ruina. En dicho ejemplo y en otros similares, la discrecionalidad instrumental está limitada por estándares que le son impuestos al órgano administrativo, a diferencia de la llamada discrecionalidad fuerte, en la que el sujeto dispone de un poder de decisión que le ha conferido el ordenamiento, sin acotar su margen de maniobra.

estándares de racionalidad, justicia y eficacia y sobre todo a los principios generales del Derecho<sup>269</sup>. Puede decirse que cuando un funcionario o un juez ejercen la discrecionalidad en sentido *fuerte*, al menos, deben acudir a dichos estándares para tomar la decisión. No puede tomarla, pues, simplemente acudiendo a su propio criterio u opinión personal, porque ello podría conducir a la arbitrariedad. La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, sino el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la Administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad, sobre todo, la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la ley, y en todo caso la finalidad pública, de la utilidad o interés general. Al contrario, la arbitrariedad se caracteriza por demostrar el capricho de quien ostenta el poder. Esta forma es contraria al principio constitucional de seguridad jurídica, por lo tanto, la arbitrariedad no constituye una potestad reconocida por el Derecho, sino una definición que se halla fuera del Derecho. Podemos ver la prohibición muy clara que hace la CE en su artículo 9.3<sup>270</sup> respecto de la arbitrariedad del ejercicio de los poderes públicos, mientras que en Tailandia, no existe cláusula alguna establezca dicha garantía en su Constitución.

---

<sup>269</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Ob. cit. p.193.

<sup>270</sup> El artículo 9.3 de la Constitución establece así: *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

Se refiere el principio de la interdicción de la arbitrariedad a aquello que no se acomoda a la legalidad de tal forma que, frente a una actividad reglada, la arbitrariedad supone una infracción de la norma, y ante un acto discrecional conduce una desviación de poder.



En cuanto a la idea de Dworkin sobre los estándares de la discrecionalidad, el filósofo Neil MacCormick ha realizado una crítica en el sentido de que aunque existen estándares que deben utilizarse, no siempre son suficientes para poder justificar que la decisión que hemos tomado es la correcta. En ocasiones, estos estándares no conseguirán justificar la decisión en todos sus extremos. Por esta razón, no puede afirmarse que siempre podrá existir una decisión completamente justificada. Para MacCormick lo importante es justificar por qué se cree que la opción elegida es la más correcta. La justificación debe partir de argumentos de carácter consecuencialista y determinar la más correcta de las posibles consecuencias de la decisión. Sin embargo, señala que esta perspectiva no debe olvidar dos importantes factores, en primer lugar, la decisión debe ser consistente y no debe entrar en contradicción con las normas vigentes y en segundo lugar, la decisión debe ser coherente con los principios o analogías que pudieran considerarse de aplicación al caso concreto.

En España, una de las principales controversias relacionada con el control del ejercicio de la potestad discrecional se refiere a la posibilidad de ejercer este control por parte del tribunal. Se pueden clasificar dos puntos de vista distintos: el primer grupo, el de quienes opinan que el juez de lo contencioso administrativo puede resolver los conflictos derivados de actos discrecionales, así como si es necesario el juez también pueda sustituir las decisiones discrecionales de la Administración, mientras que, en el segundo grupo, estarían quienes consideran que estas cuestiones pueden ser controlables por el juez de lo contencioso-administrativo hasta donde sea posible; es decir, se basa en el respeto a la norma, la razonabilidad de la

decisión discrecional de las Administraciones Públicas, y sobre todo al principio de separación de poder.

Se puede hacer alusión a autores destacados que apoyan cada uno de estos puntos de vista: en el primer grupo, con la idea de la plenitud del control judicial de actos discrecionales, los dos partidarios de esta idea son García de Enterría y Tomás R. Fernández, sosteniendo que no hay aspectos de las decisiones administrativas exentos del control judicial, e incluso el juez puede sustituirlas en caso de ser necesario para la protección de los derechos e intereses de las personas lesionadas. Para el profesor García de Enterría, junto con Tomás R. Fernández, lo que importa es que la sentencia que trate de indagar una arbitrariedad deberá utilizar principios auxiliares con cualquier principio general del Derecho, opinando que cualquier poder legítimo puede ser censurado por el juez cuando se ejerce en forma irrazonable o no<sup>271</sup>.

En cambio, el segundo grupo, encontramos a Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón. Parejo ha criticado que el principio de la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24.1 de la CE es un derecho fundamental de todos sin distinción, teniendo por objeto defender los

---

<sup>271</sup> Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid: Civitas, 1995. pp. 141-142. Y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 2008. p. 219.

Se pueden encontrar tres conceptos constitucionales de la CE: a) el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho (art. 103.1); b) la interdicción de la arbitrariedad para todos los poderes públicos (art. 9.3); y c) el principio de la tutela judicial efectiva (art. 24.1). Los tres textos constitucionales españoles resultan aplicables al juicio de la discrecionalidad que si fue la exención, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al Derecho, además, hay que tener en cuenta que los textos citados no acuden al principio de separación de poderes para fundar ámbito alguno de lo discrecional que sea inmune al control de los jueces. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 2008. P. 79.

derechos e intereses legítimos<sup>272</sup>. Dicho principio autoriza específicamente al juez un control de legalidad –consagrado en el artículo 106.1 de la CE–, o sea, el control es precisa y únicamente jurídico o de Derecho, pero no habilita al juez para la generación de reglas jurídicas, ni siquiera de caso concreto<sup>273</sup>. Puede decirse que el profesor Parejo ha pensado que cuando el juez no puede abstenerse y deba siempre resolver sobre las pretensiones que se le plantean, el control que le ejercita no le autoriza para generar reglas jurídicas para el caso concreto, solamente para hallarlas en sede interpretativa y aplicativa<sup>274</sup> de las normas y principios existentes. En cuanto a Sánchez Morón también participa de la idea de que los jueces deben limitarse a ejercer un control jurídico, no debiendo interferir en los aspectos técnicos o políticos de la decisión administrativa y que las técnicas de control no pueden disfrazar la apropiación del ámbito de lo discrecional por los jueces, atribuido a la Administración por la ley<sup>275</sup>.

A partir de los dos sentidos expuestos, es necesario buscar el equilibrio entre lo que puede y no puede controlar el juez. Los extremos son peligrosos, es decir, el control total implicaría el gobierno de los jueces y la invasión de poderes que le corresponden al Poder Ejecutivo o a la Administración, mientras que el control muy restringido podría ser

---

<sup>272</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993. p.48.

<sup>273</sup> Ídem. p.50.

<sup>274</sup> Ha añadido el profesor Parejo en su obra que la limitación de la función jurisdiccional viene del sentido extraído del artículo 117 de la CE, es decir, el sometimiento del juez únicamente al imperio de la Ley es principio de doble cara: de un lado, independencia de los restantes poderes públicos, pero precisamente por ello, vinculación total a la ley (vinculan a las normas creadas por los poderes públicos con capacidad para ello en el orden constitucional). PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993. pp.50-51.

<sup>275</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 92.

pernicioso para el Estado de Derecho y las situaciones jurídico-subjetivas de los administrados. La situación actual en Tailandia se sitúa en la opinión de Parejo y Sánchez Morón, aunque en posiciones más restringidas que las de estos autores, por lo que sería oportuno para Tailandia avanzar en un mayor control judicial de actos discrecionales, debido a los problemas mencionados en los Capítulos anteriores, por la culpa de los ejecutivos tailandeses. Aunque en alguna perspectiva la idea de un mayor control o de la plenitud del control judicial podría entrar a la polémica acerca de la invasión de la zona administrativa, no tendríamos otro remedio mejor en la actualidad para manejar y controlar la incertidumbre en Tailandia. En la situación actual, en Tailandia, se alude ampliamente a un concepto denominado “*el Activismo Judicial*”, -en inglés: *judicial activism*-, refiriéndose a la idea del juez como limitador de los demás poderes del Estado a través de la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales. En alguna situación el juez tendría que tomar decisiones en protección de los derechos de los ciudadanos cuando las Administraciones Públicas aplican el derecho de forma irrazonable a pesar de que dicha decisión invada la competencia de otros órganos. Se puede decir que dicho papel de los jueces sería una alternativa que podría menguar las dificultades que está atravesando Tailandia en los aspectos antes referidos.

Siguiendo en profundidad con el asunto del control judicial en relación a la privatización de empresas públicas debe destacarse que hay muchas actuaciones de la Administración que se relacionan con el procedimiento privatizador, por tanto, en primer lugar, resulta interesante conocer la índole jurídica de la potestad de la Administración. Como se ha apuntado ya en el Capítulo anterior, en España, y también en Tailandia, la relación de la Administración con la Ley se inspira en el principio de la “vinculación

positiva”, es decir, la Administración no puede actuar a menos que su comportamiento se fundamente en una Ley. Es decir la Administración sólo puede actuar cuando la Ley le reconoce tal potestad de acción. Por el contrario, la relación de la Administración con la ley no puede basarse en el principio de la “vinculación negativa”, que es sólo la propia de la relación de las personas privadas con la Ley, es decir, los particulares pueden hacer todo lo que no esté prohibido<sup>276</sup>.

En cuanto a la Administración, dicha vinculación positiva se aplica a todas las actuaciones administrativas, tanto a las actuaciones regladas como a las discrecionales. En el procedimiento privatizador de empresas públicas, algunas de las actuaciones de la Administración consisten en que los poderes públicos tienen que tomar decisiones de carácter discrecional, por ejemplo, el procedimiento de selección de los subastadores que pueden participar en la puja, la decisión de determinar un precio de la venta en el Mercado de Valores. Dichos actos son los que se vinculan de modo inseparable con la privatización. A esta altura de la exposición se nos puede

---

<sup>276</sup> Así, lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su STC 101/1983, de 18 de noviembre, al expresar que la sujeción a la Constitución es una consecuencia obligada de su carácter de Norma suprema, que se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos. Es decir, los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (los artículos 30 y 31, entre otros, de la CE), mientras que los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución, entendiendo que el acceso al cargo implica un deber positivo de acatamiento entendido como respeto a la misma, lo que no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido. Esto significa que la función del poder público, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la CE, es el deber positivo de realizar sus competencias de conformidad con la Constitución. Por ello, los poderes públicos deben, por un lado, abstenerse de cualquier actuación que pueda ser contraria al derecho fundamental y, por otro, tienen un deber positivo de actuación en el sentido de proteger los derechos fundamentales ante una determinada actuación o comportamiento (esta forma de interpretar se reiteró en las SSTC 18/1984, de 7 de febrero, y 53/1985, de 11 de abril).

plantear un interrogante: ¿serán controlables dichas actuaciones? Todos los actos de los poderes públicos debería ser revisables o controlables judicialmente, por lo tanto, cualquier actuación discrecional de los poderes públicos en el procedimiento privatizador no debe estar exento del control jurisdiccional.

Como se ha expuesto más arriba, la discrecionalidad de la Administración surge cuando el Ordenamiento Jurídico atribuye a algún órgano administrativo competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que resulte de interés general. Por tanto, existirá discrecionalidad siempre que el legislador haya otorgado a la Administración un margen de decisión que no esté determinado por la norma jurídica. Lo que ocurre es que se deja a la Administración determinar el modo de ejercicio concreto de la potestad discrecional, atendiendo a lo que aconseje el interés general<sup>277</sup>. Por tanto, el eje de la actuación de la Administración es el de favorecer el interés general de la mejor manera. La Ley entrega la potestad de apreciación a la Administración porque al legislador no le es posible predeterminar en abstracto la mejor solución sin tener a la vista los supuestos de privatización. Pero esa entrega a la Administración de una potestad discrecional no significa que la decisión final que se adopte no deba buscar y justificar motivadamente que es la que mejor sirve al interés general.

---

<sup>277</sup> Desde el punto de vista constitucional de España, La mayor polémica respecto de los actos discrecionales es la de su control judicial. Este tipo de control es una parte del principio del Estado de Derecho para que tenga la legalidad en la actuación administrativa. Los principios constitucionales que son fundamentales para explicar la determinación de este control son los cuatro artículos, el 9.1, el 103.1, el 24.1 y el 106.1 de la CE.

El deber de la Administración se relaciona fuertemente con su acto, por eso, cada acto tiene que ser motivado con referencia de hechos y fundamentos de derecho, y la potestad discrecional es uno de los supuestos en que es necesario motivar para poder controlar si se ha ejercido la potestad correctamente. La norma española que refiere a esta cuestión es el artículo 54<sup>278</sup> de la Ley 30/1992. Este artículo fija un deber fundamental para controlar el correcto ejercicio de tal potestad y evitar la arbitrariedad de la Administración, que está prohibida por el artículo 9.3 de la CE. Tal deber consiste en la obligación de motivar el porqué de la opción elegida al ejercer la potestad discrecional.

En relación con el control judicial, se admite la revisión en vía judicial de todo tipo de acto y, por tanto, también de los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales, en virtud del artículo 54.1.f de la Ley 30/1992. La siguiente pregunta que podríamos plantear ahora es la siguiente: ¿en España puede ser anulado y sustituido el acto inválido dictado en el ejercicio de una potestad discrecional por el Tribunal de lo contencioso-administrativo? La respuesta de esta duda se señala de manera muy clara

---

<sup>278</sup> El artículo 54 de la Ley 30/1992 establece que:

*Motivación.*

1. *Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:*
  - a. *Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.*
  - b. *Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.*
  - c. *Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.*
  - d. *Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley.*
  - e. *Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.*
  - f. *Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.*
2. *La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.*

en la Ley 29/1998, el artículo 71.2<sup>279</sup>, permitiendo el control judicial de los actos de la Administración dictados en ejercicio de potestades discrecionales, pero no autoriza la sustitución por parte del juez, es decir, cuando el juez anula la resolución administrativa, se prohíbe que el juez dicte otra cosa en su lugar, por razón de la distinta posición, legitimación y funciones que la CE asigna a la Administración y al Poder Judicial<sup>280</sup>. Esta prohibición consagrada en el sistema español resulta necesaria para proteger el ámbito de actuación de la Administración, manteniéndolo fuera de la invasión del control judicial. En cuanto a Tailandia, sin embargo, su Ordenamiento Jurídico no prevé dicha prohibición, solamente se efectiviza dicha protección del ámbito de actuación administrativo a partir de las resoluciones judiciales que prohíben también dichas sustituciones entre poderes diferentes, es decir, se hace lo mismo que España pero no a partir de una prohibición prevista o consagrada en una norma jurídica sino desde la jurisprudencia.

Aunque no se puede sustituir la resolución administrativa por la decisión judicial, se pueden revisar todas las actuaciones administrativas, por las razones que se han apuntado en los párrafos anteriores. Ahora bien, será interesante saber cuáles son los elementos o criterios de los que el Poder Judicial se puede valer para revisar la discrecionalidad administrativa en la privatización. En este tema, en España, en palabras de Sánchez Isaac, se ha

---

<sup>279</sup> El artículo 71.2 de la Ley 29/1998 dice que: “2. Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulasen, ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

<sup>280</sup> FONT I LLVET, Tomás y MIR PUIGPELAT, Oriol. Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial. En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo (Coordinadores). *Administración y Justicia: Un análisis jurisprudencial*. Navarra: Civitas, 2012. p.1154.



configurado que el control judicial de la discrecionalidad administrativa española consiste en el control de los “hechos determinantes”, de la competencia del órgano emisor, el procedimiento o forma, los principios generales del Derecho y también de la desviación de poder. Todos son medios de fiscalización, ya tradicionales<sup>281</sup>. Por ello, si la privatización se realizara en algún procedimiento, basándose en criterios extrajurídicos de decisión, se pueden impugnar ante el Poder Judicial para resolverlo con los criterios aludidos. Así pues, en este momento, resulta apropiado mencionar los detalles de cada criterio que se pueden clasificar en los cuatro tipos:

*Elementos reglados*: elemento de control de las potestades discrecionales mediante el control de los elementos reglados, es decir, puede haber una regulación no totalmente discrecional, sino sólo parcialmente discrecional en cuanto al fondo que obliga a considerarlo<sup>282</sup>. Los que siempre son actos en este sentido son, por ejemplo, la atribución de la competencia y la determinación del procedimiento, entre ellos. Todos los actos deben revestir unos elementos que son reglados por la norma y, si se incumplen, los actos serán inválidos. En cuanto a los elementos reglados en el ámbito español, uno de ellos está previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, como he mencionado ya en los párrafos anteriores.

---

<sup>281</sup> SANCHEZ ISAAC, Jaime. *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1973. p. 251.

<sup>282</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Ob. cit. p.26. Según esta obra del profesor De Enterría, un ejemplo de este tipo de discrecionalidad es el caso de ascenso por elección entre los funcionarios los que tengan años de antigüedad o tales cualificaciones.

*Los hechos determinantes:* toda potestad discrecional se apoya en una realidad, de hecho, funciona como supuesto de hecho de la norma. Cuando se aplican las normas, se aplican a hechos, y si hay error en la apreciación de esos hechos o en su valoración jurídica, podrá impugnarse el acto discrecional ante el tribunal. La Administración debe de cuidar que exista una adecuada y correcta apreciación de los presupuestos de los hechos determinantes, y una acertada valoración que conduzca a que la toma de decisiones se ajusten plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto. En cuanto a la jurisprudencia española, no es raro encontrar el control de los hechos determinantes de las facultades discrecionales en aplicaciones casuísticas, porque, este tipo de control es una de las posibilidades más eficaces del control judicial de las potestades discrecionales<sup>283</sup>.

---

<sup>283</sup> Alguno de los ejemplos de la jurisprudencia española que se basan en el control de los hechos determinantes, es la STS del 22 de marzo de 1997, Sala 3ª, Sección 3. (Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando LEDESMA BARTRET). El Tribunal ha considerado que:

*“La Administración ha incidido en una equivocada apreciación de los presupuestos de hecho determinantes y que esa errónea constatación ha dado lugar a una resolución que no está ajustada al sector del Ordenamiento Jurídico que ha aplicado. En efecto, la valoración de la prueba obrante en el expediente y en estos autos pone de manifiesto que el proyecto de matadero proyectado -y ejecutado- por la empresa recurrente tenía -y tiene- una incidencia positiva en el desarrollo regional. Ello está reconocido por todos los órganos que han informado en cumplimiento de lo previsto en el apartado 2.1 de la Base 5.ª del RD 3361/1983, con la única excepción del evacuado por la Dirección General del MAPA antes recogido, informe desfavorable que incurre en la contradicción de considerar suficiente lo que según sus propios actos no lo era, pues el Plan General elaborado por ese mismo Departamento consideraba procedente instalar en Calahorra un matadero, para el cual había previsto unos determinados beneficios. La Administración aprecia también erróneamente los hechos cuando afirma que la concesión de los beneficios solicitados (no ciertamente al amparo de tan reiterado Plan sino pretendiendo acogerse a los ofrecidos por el concurso convocado por Real Decreto 3361/1983) supondría marginar el citado Plan, pues durante el escaso tiempo transcurrido desde el agotamiento de sus efectos hasta la solicitud de los beneficios no habían cambiado las circunstancias que la propia Administración había tenido en cuenta para incluir el «Matadero Comarcal de Calahorra» entre los previstos en el territorio de aquella Comunidad Autónoma, de modo que mal se puede hablar de marginación cuando se pretende realizar exactamente lo que el Plan ha establecido como procedente. A juicio, pues, del Tribunal, una acertada valoración de los hechos determinantes debería haber conducido a afirmar -como admiten todos, menos uno, de los informes evacuados- que el proyecto cuestionado supondría carácter motriz para la región, mejoraría la oferta (sobre esto último, los datos del informe del Veterinario Oficial de la Consejería de salud, Consumo y Bienestar Social son elocuentes), y crearía puestos de trabajo (recuérdese el informe del Director Provincial de Trabajo)*

*Los Principios Generales del Derecho*: en palabra del profesor García de Enterría, se afirma que la Administración está sometida no sólo a la Ley, sino también a los Principios Generales del Derecho, como una condensación de los grandes valores jurídicos materiales existentes en el Ordenamiento Jurídico. La Ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico con su componente esencial de los principios generales<sup>284</sup>. Es una referencia a que en ocasiones los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos han establecido la nulidad de un acto discrecional por considerar que vulnera algún principio general del Derecho, dado su carácter informador de todo Ordenamiento Jurídico. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad de los medios a los fines, el de racionalidad, el de respeto a la libertad, el de buena fe, la naturaleza de las cosas, entre otros, son muy importantes y tienen que ser considerados siempre en todas las actuaciones de la Administración en el proceso de privatización.

En cuanto a Tailandia, el sistema de control judicial de la discrecionalidad administrativa se realiza por el Tribunal Administrativo, como ya he expuesto anteriormente. Pero los detalles de dicho control están escasamente previstos en el texto legal. Lo único que podemos encontrar es lo que se establece en la *Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de B.E 2542 (1999)*, el artículo 9 (1),

---

*aparte de acreditar la adecuada organización de la empresa para la consecución de sus objetivos (la Sala pondera la autorización obtenido para el intercambio comunitario y sus crecientes cifras de producción). Y como quiera que éstos y no otros son los criterios que manda valorar el grupo normativo aplicable en el supuesto enjuiciado, debemos concluir estimando que, los actos administrativos impugnados no sirven con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE), por lo que procede la estimación del recurso, sin que sea preciso examinar la alegación sobre desviación de poder formulada en la demanda."*

<sup>284</sup> Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Ob. cit. pp. 43 y ss.

que es el precepto constituido sobre la competencia del Tribunal Administrativo, cuyo contenido es el siguiente:

*“(1) Litigios sobre ilegalidad de un acto de una Administración o de un Agente del Estado ya sea un reglamento, una orden o cualquier otro acto, que se impute falta de competencia, violación de la ley, o vicio de forma, mala fe, o de que resulte indiscriminación injustificada o incumpliendo procedimiento sobre formalidades, o creando cargas suplementarias para el público o constituyendo **una discreción ilícita.**”*

Aparte de dicho precepto, no existe otra norma reglada que refiera a este tipo de control. Por tanto, ahora mismo la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Tailandia resulta decisiva para considerar el alcance de este control.

Sin embargo, desde la jurisprudencia de Tailandia, se puede observar que el sistema de control judicial de la discrecionalidad administrativa es parecido al que se aplica en España, es decir, tenemos el control en lo que se refiere al órgano competente, o a las reglas de procedimiento, o a los hechos determinantes o el control a través de los principios generales del Derecho; pero no existe presencia normativa, ni la claridad jurisprudencial en sistematización sobre el control judicial de *la desviación de poder*. Por eso, será interesante para mi país comprender este tipo de control en el ámbito español.

El fin es un poderoso instrumento de control de las potestades discrecionales. La Administración puede contar con poderes discrecionales,

pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente para la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso para la finalidad pública, de la utilidad o interés general<sup>285</sup>. El control del fin y por el fin, o sea, la desviación de poder<sup>286</sup> es un tema conocido en el ámbito contencioso administrativo español<sup>287</sup>. Es cierto que todas las leyes que otorgan potestades a la Administración lo hacen para conseguir un fin y ese fin siempre es la satisfacción del interés público, más concretamente, la satisfacción de los intereses generales. Si la Administración ejerce sus potestades para conseguir un fin distinto del que la ley persigue eso es una desviación de poder y, además, cuando incurre en un vicio hacia el fin, pudiendo ser fiscalizable por los Tribunales.

Como he expuesto en el Capítulo anterior en España, desde el punto de vista constitucional, la Administración Pública se presenta en el Ordenamiento Jurídico español totalmente organizada, como un auténtico

---

<sup>285</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Ob. cit. p.27.

<sup>286</sup> En cuanto a las formas de la desviación de poder, se pueden distinguir en dos; uno es la desviación de poder absoluta y otro es la desviación de poder relativa. Lo primero es el caso que la Administración adopta un acto para conseguir un fin totalmente ajeno al interés público, por ejemplo, el fin que el alcalde puede cerrar un pub o discoteca es por razón de "seguridad", pero este alcalde lo cierra porque lo que se ubica al lado de este pub es el salón de baile que su amigo íntimo es el propietario, y el ruido puede perjudicar a su negocio. En este caso, se puede decir que el alcalde cierra el pub para beneficiar al amigo del alcalde, siendo la desviación de poder absoluta porque el alcalde adopta su decisión para conseguir el fin absolutamente distinto al interés general. Al respecto a la segunda forma de la desviación de poder, la desviación de poder relativa, es el caso de que el fin que persigue la Administración es un fin público, pero es distinto del fin provisto en la norma.

<sup>287</sup> En España, la desviación de poder es una razón de la consideración de la discrecionalidad, sin embargo, en la práctica, si existe otro motivo para declarar la invalidez de una actuación discrecional, el juez suele optar por otra motivación, por ejemplo, además del motivo de la causa de la desviación de poder, el vicio de una actuación discrecional viene del motivo de los hechos determinantes o procedimientos, la razón que se explica para declarar la invalidez se hace por el motivo de los hechos determinantes o procedimientos, no por el de la desviación de poder Tribunal suele ser considerado como la última ratio.

órgano del Estado, como representante de la comunidad con carácter servicial. El artículo 103.1 de la CE impone que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales, este precepto determina el modo de ser y actuar de la Administración Pública y coloca los intereses generales como un elemento clave de referencia de la Administración, por lo tanto, la Administración Pública es una institución servicial de los intereses generales y estos intereses generales son los que explican la posición de la Administración y los poderes públicos que ostentan. Aparte de lo establecido en la CE, la Ley 29/1998 también menciona este tipo de control de manera muy clara, en su artículo 70.2:

*2. La sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*

*Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.*

Definida en el artículo 70.2, puede verse el concepto legal de la desviación de poder siguiendo siendo el mismo en cuanto se fundamenta en una consideración teleológica del uso de las potestades administrativas, siempre que el mismo fuere ejercitado al margen, contra o fuera de los fines que definen cada potestad y que habilitan a la Administración para su ejercicio<sup>288</sup>. La desviación de poder sigue siendo un instrumento importantísimo del control de la legalidad administrativa, al que la misma Constitución alude en su artículo 106.1 al decir que los Tribunales controlan

---

<sup>288</sup> SANCHEZ ISAAC, Jaime. *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia*. Barcelona: Bayer Hnos, 1999. p. 20.

el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican. Además, en relación a la Ley 30/1992, en virtud del artículo 63.1<sup>289</sup>, junto con el artículo 70 de la Ley 29/1998, si los actos de la Administración incurren en desviación de poder, será anulable, y en cuanto a que se trata de una disposición administrativa, por ejemplo, Real Decreto, Orden Ministerial, será inválida de pleno Derecho, en virtud del artículo 62.2 de la Ley 30/1992<sup>290</sup>. Por otra parte la desviación de poder no se agota en la intención torcida de la Administración, sino que se expresa también en supuestos en que una decisión administrativa no sirve objetivamente al fin de interés general aunque se haya adoptado con la mejor intención y sin intenciones torcidas. Pero en ese caso si es claro que el acto no sirve al fin que debe perseguir la potestad o no es la solución que mejor satisface al fin, los tribunales, sin invadir el ámbito del poder ejecutivo, pueden considerar inválido el acto por no ajustarse a la obligación de servir al interés general.

Es obvio decir que la privatización, tras elegir una empresa estatal como objeto de privatización, tiene numerosos procedimientos para llevar a cabo la transferencia de la empresa. En la práctica de Tailandia, cuando las actuaciones de la Administración en cada procedimiento privatizador afectan a los interesados, y se traslada a juicio, un criterio que el Tribunal tailandés suele aplicar para fiscalizar la legalidad discrecional de la privatización es el control de los hechos determinantes, por ejemplo, si en

---

<sup>289</sup> El artículo 63.1 de la Ley 30/1992 establece que: *"1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder."*

<sup>290</sup> El artículo 62.2 de la Ley 30/1992 establece sobre la nulidad de pleno derecho que: *"2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales."*

una venta de una empresa se fija un precio ridículo o un precio más bajo de lo habitual, en este caso el tribunal tailandés puede declarar la invalidez de dicho acto, dando como fundamento y razón la existencia de un vicio en el procedimiento de privatización. Sin embargo, en cuanto al control del fin en relación al procedimiento privatizador, no se aplica este criterio con frecuencia en el juicio tailandés porque es un criterio complicado de aplicar; los poderes públicos siempre declaran que su fin para privatizar una determinada empresa es bueno, nada de lo malo o nocivo –si existe- se da a conocer; además, será muy difícil especialmente para Tailandia a razón de la ausencia de norma jurídica configurada de manera exacta acerca de este elemento de control.

A partir del análisis arriba realizado, y reconociendo las dificultades existentes en el sistema jurídico tailandés, para resolver las mismas, a mi juicio, serían útiles las siguientes tres propuestas:

- 1) La creación de herramientas jurídicas que adopten y destaquen la importancia de determinación en el Ordenamiento Jurídico tailandés del fin en las actuaciones administrativas, es decir, al interés general –como establecido en el artículo 103.1 de la CE y el 3.1 de la Ley 30/1992-;
- 2) La imposición en el texto legal sobre el control judicial del fin como criterio de control de la actuación administrativa –como prevé el artículo 70.2 de la Ley 29/1998-, y por último;
- 3) La comprensión de la idea conceptual de la desviación de poder para que sea la base fundamental para un control jurisdiccional sistemático en la privatización.



Si se pudiera cumplir con las tres propuestas, ello daría lugar a que el juez tailandés pudiera aplicar este criterio y declarar la invalidez de actuaciones administrativas por vicios en el fin o por desviación de poder ocurrido en el procedimiento de privatización. Esta será una de las soluciones más eficiente para Tailandia.

En definitiva, la privatización es un fenómeno presente en muchos países, y también en Tailandia. Para que la privatización en Tailandia sea legítima, una norma jurídica expresa debe autorizarla. Dicha norma jurídica debería ser instrumento justo y eficiente con contenidos racionales para que la Administración pueda utilizarla, así como, cuando exista una disputa, el Poder Judicial pueda aplicarla para acercar la justicia a todas las partes. Además, la finalidad de la privatización es un tema ante el cual los legisladores tailandeses, por una parte, tienen que crear una norma fijando la importancia del fin público que deben de perseguir todas las actuaciones administrativas, incluida la privatización y, por otra parte, los tribunales deben de considerarlo como un elemento imprescindible para controlar el vicio de la desviación de poder. Esto podría claramente dar soluciones a las dificultades que se presentan en el proceso de privatización tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional de mi país.

## **V Análisis jurisprudencial respecto de privatizaciones**

Cuando el Consejo de Ministros ya ha elegido una empresa y la forma de privatización, se pasa al paso siguiente *el procedimiento de privatización*. En cuanto al aspecto jurídico, numerosas tareas deberán realizarse, por

ejemplo, el nombramiento del Comité involucrado. Podemos ver que las actuaciones de los Ejecutivos en virtud de las normas jurídicas relacionadas en esta fase pueden producir efectos jurídicos individuales, por ejemplo, a los sindicatos, trabajadores o a los consumidores. Por eso, es indudable que dichas actuaciones son revisables por el Poder Judicial en el orden contencioso-administrativo. En cuanto a España, asume un papel primordial el Tribunal de lo contencioso-administrativo en los procedimientos privatizadores. Se puede hacer referencia de una reciente jurisprudencia acerca del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, es decir, el Tribunal Supremo español falló en un Auto, número 12960/2011, en 1 de diciembre de 2011, declarando la inadmisión del recurso de casación, interpuesto por la representación de la Comunidad Autónoma de Madrid, contra la Sentencia de 26 de enero de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: TSJM.

En el juicio, iniciado desde enero del 2009, se ha impugnado el Decreto 106/2009, de 23 de diciembre, dictado por el Gobierno regional, que suprimió el Colegio público Miguel Ángel Blanco<sup>291</sup>, en el Municipio de El Álamo, para convertirse en un centro privado. En cuanto a la decisión del TSJM, entendió que el procedimiento del Gobierno de Madrid, presidido por Esperanza Aguirre, no había cumplido el trámite preceptivo de consulta al Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, es decir, saltarse el trámite obligatorio de consulta al Consejo Escolar, que es un procedimiento esencial

---

<sup>291</sup> En El Álamo, hay una Escuela Infantil Pública, una Casa de Niños, una guardería privada, un colegio público de educación infantil y primaria y un instituto de educación secundaria. En 2007 se creó el Colegio Público Miguel Ángel Blanco, que posteriormente pasó a ser el Colegio "Los Nogales" (concertado) tras su privatización por parte del Ayuntamiento.

y obligatorio para tramitar el procedimiento privatizador. Por eso, la ausencia de este trámite generó una indefensión de los interesados no subsanable, por lo que el TSJM anuló la privatización del Colegio Público Miguel Ángel Blanco.

Se interpuso recurso de casación contra la Sentencia de TSJM presentado por la Consejería de Educación al Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo, en el 1 de diciembre de 2011, no admitió este Recurso por carecer manifiestamente de fundamento, en virtud del artículo 93.2.d)<sup>292</sup> de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por lo tanto, el efecto de este Auto es declarar la firmeza de la resolución del TSJM.

Según esta jurisprudencia, la clave del asunto queda en la resolución de TSJM. Se puede destacar que este caso es un mal ejemplo del procedimiento privatizador. Por el motivo de la no consulta al órgano involucrado, se incumplieron las obligaciones establecidas en la Ley y, además, se causó indefensión de los intereses de los alumnos, padres, y profesores del Colegio. Es decir, el procedimiento establece la obligación de conocer las opiniones de los órganos relacionados, como un paso esencial para tramitar la privatización legalmente. La realización de esta privatización del Gobierno de Madrid se enfocó sólo en la meta, es decir, para privatizar este Colegio, no le importaba nada el medio para alcanzarla. Algunos pueden calificar esa conducta como inspirada en la idea de que *“el fin justifica los*

---

<sup>292</sup> La Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el artículo 93.2 d establece que: 2. *La Sala dictará auto de inadmisión en los siguientes casos:*

*d. Si el recurso carece manifiestamente de fundamento. (...)*

*medios*<sup>293</sup>". Además, lo que podemos observar obviamente en esta jurisprudencia es que cuando encontró un vicio en el procedimiento privatizador, el Tribunal español decidió sin titubear la supresión de la privatización totalmente volviéndose al punto de inicio, por lo tanto, a día de hoy, este Colegio todavía está en manos públicas.

Cuando hablamos de la decisión del Tribunal español que anuló definitiva y totalmente en la privatización, difiere poco de lo ocurrido en la jurisprudencia tailandesa que a continuación se aclararán en los siguientes párrafos.

En el caso tailandés, el procedimiento de privatización se relaciona íntimamente con la jurisdicción contencioso-administrativa. Tras la selección de un objeto de privatización por el Consejo de Ministros, se forman varios procedimientos para realizar la transformación de empresa, por ejemplo, el nombramiento del comité involucrado, la redacción del Real Decreto del Consejo de Ministros para derogar la Ley de creación de empresa estatal, etcétera. Cuando dichas actuaciones provocan conflictos en la aplicación del Derecho, se pueden trasladar a la jurisdicción contencioso-administrativa de Tailandia. En cuanto a las competencias del Tribunal Administrativo Supremo de Tailandia relacionadas con la privatización, una de ellas es la competencia sobre los litigios de la legalidad de Real Decreto o normas emanadas del Consejo de Ministros o aprobadas por el

---

<sup>293</sup> En inglés: *The Ends justify the Means*.

mismo<sup>294</sup>. Éste es la jurisdicción muy importante porque se falla en única instancia<sup>295</sup> y no siendo posible interponer recurso alguno.

En la experiencia de este Tribunal, nos encontramos con varias sentencias destacadas acerca de la privatización. Una de ellas es la Sentencia del Tribunal Administrativo Supremo, número 5/2549, de 23 de marzo de 2006 (B.E. 2549). Los demandantes, los consumidores de electricidad, presentaron una demanda alegando que ellos habían sido afectados por dos Real Decretos (el primero es el *Real Decreto de Imposición de Autorizaciones, Derechos y Beneficios de la Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia* B.E. 2548 (2005), y el segundo es el *Real Decreto de Imposición del Plazo Derogatorio de la Ley de Creación de la Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia* B.E. 2548 (2005)). Los dos Real Decretos son herramientas del Consejo de Ministros para transformar la Empresa Pública *Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia* a una sociedad Anónima: S.A, que es el paso inicial de la privatización de esta entidad.

Los demandantes trajeron a colación, en el escrito de demanda, que en el procedimiento de elaboración de dichos decretos, se omitió el trámite preceptivo de audiencia pública para saber opiniones de los interesados, establecido en la *Ley sobre las Sociedades de Capital Público* B.E. 2542 (1999), el artículo 19 (9)<sup>296</sup>. Además, esta transformación no respetó a la doctrina

---

<sup>294</sup> Establecido en el artículo 11 (2) de *La Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* B.E. 2542 (1999).

<sup>295</sup> *La Ley de Creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* B.E. 2542 (1999), el artículo 73 apartado 4 dice que: "Las sentencias y los autos que se falla por el Tribunal Administrativo Supremo quedan firme".

<sup>296</sup> *La Ley sobre las Sociedades de Capital Público* B.E. 2542 (1999), el artículo 19 (9) establece que: *El Comité de Preparativos para la Transición a la Entidad Mercantil tiene competencia para proponer opiniones, de acuerdo con los preceptos del Consejo de Ministros, conforme lo dispuesto en*

constitucional tailandesa, sobre todo en los procedimientos de transferencias de los derechos y patrimonios del Estado a los particulares, y también los procedimientos de distribución de las acciones fueron injustos, por causa de la existencia del privilegio especial para los trabajadores, es decir, los trabajadores de esta Empresa podían adquirir las acciones prioritariamente. La súplica consistió en la anulación de los dos Real Decretos. Además, los demandantes han pedido la imposición de medida cautelar para suspender operaciones acerca de la venta de acciones de la *Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia* en la Bolsa Tailandesa temporalmente (se fijó la fecha de venta en el Mercado de Valores de Tailandia poco después de la fecha de la interposición de esta demanda).

El Tribunal Administrativo Supremo decidió, principalmente, sobre la medida cautelar, estableciendo que la venta de acciones de esta Empresa en la Bolsa es un procedimiento de la transformación de la misma de forma pública a privada, pero no cambiando la titularidad. Si el Tribunal no pusiera la medida cautelar temporalmente, y después en el fondo del litigio resultase que los dos Decretos se formaron de forma contraria a Derecho, se podría dañar gravemente a los interesados: por ejemplo los que adquirirían las acciones. En cambio, si dicha venta se suspendiese temporalmente, no se afectaría en forma alguna a la prestación del servicio público de esta entidad, además, el procedimiento de venta de las acciones no es el que deba realizarse urgentemente. Así que, el Tribunal impuso la medida

---

*el artículo 13 (1), sobre los detalles del establecimiento de la sociedad mercantil y también desempeña las siguientes funciones:*

*(9) Organizar la audiencia pública para saber opiniones de los interesados conforme lo dispuesto en el Reglamento creado por el Comité de Transformación de empresas públicas publicado en el Boletín Oficial del Estado. Sin embargo, por lo menos, se escuchan conforme a los establecidos en los (1), (2), (7), y (8) de este artículo.*

cautelar de suspensión temporal de la venta de acciones, cuyo efecto permanece hasta alcanzar una sentencia definitiva.

En el fondo del asunto, el Tribunal Administrativo Supremo consideró que *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* establece los procedimientos de transformación de la empresa de forma pública a privada. Esta Ley establece que el Poder Legislativo otorga su facultad al Poder Ejecutivo para emanar el real decreto sobre la transformación sin necesidad de aprobación del Poder Legislativo de nuevo. Por lo tanto, todos los procedimientos establecidos en esta Ley son imprescindibles y deben interpretarse estrictamente para proteger los intereses generales del Estado y los de ciudadanos. Así que se pueden separar este litigio en tres fundamento-jurídicos principales:

En primer lugar, conforme a lo dispuesto en *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*, existen cuatro Comités relacionados con el proceso de transformación: i) *el Consejo de Ministros*; ii) *el Comité de Transformación de empresas públicas*; iii) *el Comité de Preparativos para la Transición a la Entidad Mercantil*; y, por fin, iv) *el Comité de Audiencia Pública de los interesados*. En cuanto al nombramiento de los miembros del tercer Comité, se establece en el artículo 16 de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* su composición<sup>297</sup>. Los miembros y sus

---

<sup>297</sup> El artículo 16.1 de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* establece que:

*En caso de que el Consejo de Ministros apruebe el plan de transformación, se compone el Comité de Preparativos para la Transición a la Entidad Mercantil, integrado por el Secretario General de Ministerio controlador de esta empresa pública, como el Presidente del Comité, el Secretario General de Ministerio de Economía, el Director de Departamento Presupuestario del Estado, el Director de Departamento de Registros Comerciales, el Director de la Auditoría General de la Nación, el máximo mandatario y un representante de esta empresa, no superior*

competencias son imprescindibles para preparar la transición de una entidad pública a entidad mercantil. Por eso, dicha Ley impone algunas prohibiciones de ser miembros, una de ellas es que los miembros del Comité no podrán desempeñar otras funciones comerciales contrarias a los intereses de la empresa transformada<sup>298</sup>.

En este juicio, en el momento de nombramiento del Comité, uno de los miembros -señor *Olarn CHAIPRAWAT*-, fue el Vicepresidente de *Chin Corporation Public Limited Company*<sup>299</sup> -una Sociedad Anónima de Telecomunicaciones más grande de Tailandia-. Según esto, el Tribunal consideró que dicho cargo podría afectar a la neutralidad de su cometido en el Comité en sentido estricto. Por tanto, la designación de este miembro queda anulada, resultando además la invalidez de las actuaciones realizadas por este Comité.

En segundo lugar, en cuanto al trámite de audiencia pública para saber opiniones de los interesados, prácticamente, se ha organizado un procedimiento de audiencia pública para saber opiniones de los trabajadores de esta Empresa por cartas de invitaciones para 27.305 trabajadores para la reunión el martes de 11 de enero de 2004. El Tribunal consideró que esa fecha fue día laborable y podría ser predicho que los participantes no podrían asistir. Con la cifra de los participantes, fue solamente de 1.057 personas, -3,87 por ciento-, consecuentemente, el

---

*a tres Miembros designados, basándose en el criterio de idoneidad, y un representante del Ministerio de Economía es un miembro y Secretario de este Comité.*

<sup>298</sup> Se establecen en los artículos 17 (5), 5 y 9 de la *Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)*.

<sup>299</sup> Fue la Sociedad Anónima del ex Primer Ministro, Thaksin CHINAWATRA, quien aprobó esta transformación de esta Empresa pública.



Tribunal decidió que este acontecimiento no ha cumplido con el fin de la Ley.

En tercera lugar, la cuestión de este juicio es la legalidad de *Real Decreto de Imposición de Autorizaciones, Derechos y Beneficios de la Sociedad Anónima Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia* B.E. 2548 (2005). El Tribunal explicó que las competencias principales de la Empresa pública *Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia*, según la *Ley de Creación de la Empresa Pública Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia* B.E. 2548 (2005) son gestionar las energías, combustibles, construir los diques, las fábricas y sistemas técnicos, generar electricidades, buscar fuentes de energías y, además, mantener los sistemas eléctricos. No cabe duda que la *Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia* ostenta poder estatal, exclusivamente, para gestionar y alcanzar dichas funciones, por ejemplo, expropiar propiedad o vivienda privada. Por este motivo, la transformación de esos poderes de la Empresa Pública *Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia* a la *Sociedad Anónima Autoridad Generadora de Electricidad de Tailandia*, en virtud del Real Decreto impugnado, sería la transferencia de autoridad estatal, potestad de la expropiación de bienes inmuebles, a los particulares, contradictorio con el principio garantizado por la Constitución tailandesa B.E. 2540 (1997), en el artículo 49.1<sup>300</sup>. Así que el Tribunal Administrativo Supremo ha declarado la invalidez de los dos Real Decretos, es decir, no puede privatizarse, ni transformarse. Y hasta el presente esta Empresa pública todavía queda en manos del Estado.

---

<sup>300</sup> La Constitución tailandesa B.E. 2540 (1997), el artículo 49 apartado 1 disponía que: *No se puede expropiar bienes inmuebles de propiedad privada, salvo que en virtud de leyes para la prestación de servicios públicos, seguridades del Estado, obtenciones de los recursos naturales, urbanismos, desarrollos de agriculturas o industriales, u otro interés público (...)*

En el sistema jurídico de Tailandia sobre la transformación o privatización, confiar el Poder Ejecutivo sin límites sería un problema grave para el Estado tailandés. Sin embargo, la solución en este caso es solamente la denominada *ex-post*, es decir, el Poder Judicial resuelve los conflictos de manera curativa, no preventiva. Por ello, sería interesante tener una solución de forma preventiva en Tailandia, es decir, debería crear el control legislativo sobre el Ejecutivo, como fruto de la teoría de Controles y Contrapesos. Dicho control, en la práctica, como hemos apuntado en el Capítulo anterior, se podría establecer en una nueva legislación, como una ley que fije los procedimientos privatizadores y se ponga de manifiesto los requisitos o las condiciones para que el Consejo de Ministros los considerase en el tiempo de seleccionar un objeto de privatización. Este tipo del control, para mí, sería el *ex-ante* más efectivo, pudiendo aliviar el daño producido por la decisión de manera demasiado libre y amplia del Poder Ejecutivo.

Se puede decir de manera definitiva que los tribunales del orden contencioso-administrativo desempeñan su papel muy importante en el control de los procedimientos privatizadores, tanto de España como de Tailandia. Este tipo de la jurisdicción contencioso-administrativa podría configurar y garantizar que se cumpla con los principios jurídicos involucrados cada fase de privatización.

## CONCLUSIONES FINALES

Por lo expuesto, desde el inicio de esta Tesis y hasta la culminación de la misma, se puede decir que las dificultades presentes en Tailandia respecto de la privatización de empresas públicas son la falta de respeto de los principios jurídicos significativos en los procedimientos de privatización, vicios, errores existentes en normativa vigente, la falta de límites explícitos a los fines de la actuación administrativa, la confusión de algunos términos como la privatización, la desregulación y la liberalización, la posibilidad del abuso de poder o la corrupción por parte de los Ejecutivos o políticos en el procedimiento privatizador. Estos son los problemas que impiden el crecimiento de la privatización tailandesa hasta nuestros días.

En cuanto a la confusión terminológica en Tailandia, se puede concluir con base en numerosa bibliografía española -citada en la presente investigación- que existe una diferencia significativa en el aspecto terminológico entre los términos privatización, liberalización y desregulación. Es preciso decir que la privatización es una transferencia de una empresa o actividad al sector privado, mientras que la liberalización se refiere a la idea de la supresión o dejar libre los impedimentos que pueden existir para el desarrollo de cualquier actividad económica.

Por su parte la desregulación es como una fase fundamental de liberalización para suprimir o disminuir el número o extensión de las normas que dificultan o traban la libre actividad económica. La

liberalización y desregulación tienen relación entre sí, entretanto, no es obligatorio aplicar la desregulación en el procedimiento privatizador debido a que se puede desregular sin privatizar y, viceversa, privatizar sin desregular.

La diferencia que se destacó en este trabajo es que la liberalización es la forma por la cual se pasa de un mercado en el que hay un sólo suministrador, que es público, a un mercado en el que hay varios suministradores, entre ellos particulares, basado en la igualdad de condiciones, que compiten entre sí, es decir, se pasa del monopolio al régimen de competencia; mientras que la privatización es la modalidad por la que la empresa pública que prestaba un servicio se convierte en privada, por tanto, la consecuencia de una privatización de empresa pública será el cambio de titularidad, mientras que una liberalización no tiene nada que ver con el cambio de la propiedad del que suministra el servicio.

Cuando analizamos las cosas desde el punto de vista constitucional de España, hay varios preceptos significativos que configuran la idea de la privatización y liberalización en la CE, por ejemplo, la Norma Suprema de España asigna una tarea al Estado para promover las condiciones pertinentes para que la libertad e igualdad de los ciudadanos sean reales y efectivas, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la CE. Según este precepto, en relación a la privatización y liberalización, el Estado puede elegir entre dos modelos posibles; por un lado, la intervención pública con reserva de recursos o servicios esenciales, mediante ley, con arreglo a lo establecido en el artículo 128.2 de la CE; por otro, un modelo de privatización o liberalización. Sin embargo, si el Estado elige el segundo

modelo, para garantizar que la privatización o liberalización no perjudique a la libertad e igualdad, el Estado tiene que asumir funciones promocionales fijar las condiciones de manera adecuada y oportuna, por ejemplo, las obligaciones de servicios o la imposición de compromisos de los prestadores particulares de los servicios privatizados, entre otras, para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas. Además, en la prestación por los particulares de los servicios privatizados, posiblemente podría producirse que una empresa pudiera fijar el precio utilizando su poder de mercado, por eso, el precio no viniera fijado por la oferta y la demanda, como el mercado competitivo y podría llegar a darse el caso de monopolio natural. Cuando la privatización está en dicha situación, haría falta una técnica como la “re-regulación” por parte del Estado para garantizar la competencia real en el mercado.

Como se sabe España no es un país aislado, sino es un miembro de la UE. El Derecho de la UE prima sobre el Derecho interno español y lo desplaza. Los Tribunales de los Estados miembros, así como de España, pueden dejar de aplicar una norma interna cuando resulte contraria al Derecho de la UE. Aparte del Derecho Comunitario, también la influencia mediante la política de la UE es algo que afecta a la política interna, incluso a la política de privatizaciones españolas. Por tanto, las medidas comunitarias, como criterios de convergencia durante los años 1990 a 1999, la influencia conceptual de los términos jurídicos, fijados por el derecho comunitario, constituyen lo que España tiene que escuchar y respetar. Dichas influencias afectaron significativamente la dirección interna de España respecto de las privatizaciones.

Para analizar la privatización en el ámbito comparado entre España y Tailandia, una herramienta importante para comprender en profundidad dicha relación será el aprendizaje de la experiencia histórica de ambos países. Con respecto a la experiencia española desde hace tiempo, hay que clasificar tres etapas fundamentales; la primera etapa desde 1982 - 1995 (la privatización de la época de PSOE); la segunda etapa desde 1996 - 2004 (la privatización en manos del PP); y la tercera etapa (desde 2004 hasta el presente). En cuanto a la primera época, desde la entrada del Gobierno socialista en 1982 se utilizó la privatización como instrumento de desinversión industrial, no se concebía ni planteaba la privatización como una política, es decir, no se presentaba sistemáticamente, sino que se actuaba casuísticamente. Se aplicaba para responder a la necesidad coyuntural para obtener fondos para amortizar la deuda pública, para mejorar la gestión de las empresas públicas con la colaboración del sector privado y para desinvertir en sectores donde no tenía sentido la presencia estatal, por ejemplo, SEAT. Se puede decir que dichas actuaciones eran fruto de decisiones aisladas, no de una estrategia definida. Sin embargo, se discutió también que en esta época eran más que actuaciones con las políticas de privatización aisladas, porque las que hacía el Partido socialista era la privatización pero quería evitarse la palabra con el sentido de cambio poco radical como “privatización” por el término “desinversión”. Entonces se dio pasar a la segunda etapa, la época de PP, donde se continuaba la política privatizadora, pero no se configuraba como una medida aislada, sino como una aplicación de un programa político concreto y sistemático. Lo más destacado en esta etapa fue la creación de un Plan concreto, *el Plan de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado*. Según este Plan, el Estado intentaba dejar de ser accionista y se convertía en un regulador de la actividad económica que trataba de crear un entorno favorable para la

competitividad. Por último, en caso de la tercera época es una etapa en la que se mezclan ambos partidos como gobernantes. Era un momento en que España vivenciaba importantes problemas económicos; y a partir de la crisis que está experimentando recientemente el PP, éste enfoca su política en el saneamiento de las empresas públicas y la disminución de los gastos públicos; en esa dirección se ha creado *el Plan de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional Estatal* para vender numerosas empresas estatales. Una característica destacada que puede extraerse desde las tres etapas es que la política privatizadora de España no tenía por objeto solamente cambiar la titularidad de lo público a lo privado, sino también interesarse por la relevancia de las mejoras y la subida de la eficiencia empresarial y de la competitividad. Éste sería un buen ejemplo, porque, si un Estado aplica la política privatizadora sólo con el fin del cambio de titularidad pública a privada, o gana dinero en vez de mejorar la eficiencia de la empresa, el estudio de dicho tema no resultaría nada interesante y no merecería la pena estudiarlo.

En cuanto a la experiencia privatizadora tailandesa, se separa en dos épocas; uno es la privatización tailandesa antes de 1997; y otro es la privatización después de 1997. Durante la primera etapa, las empresas públicas tailandesas eran herramientas significativas para apoyar las políticas nacionalistas del Gobierno. Durante esta era, el Estado de Tailandia enfrentaba la recesión económica y pedía ayuda financiera al Banco Mundial. Los representantes del Banco Mundial analizaron la situación y pensaron que la causa de esta crisis era el aumento de numerosas empresas o entidades con pérdidas acumuladas que el Estado había poseído, por tanto, su sugerencia era la reducción del número de

empresas o negocios en posesión del Estado, las medidas para recuperar este problema a largo plazo, la transferencia o supresión de las empresas públicas con deudas excesivas, la iniciativa del *Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social*, la modificación de las leyes, reglas, normas involucradas para impulsar el papel de sectores privados en las empresas públicas. A partir del año 1997, en la segunda etapa, se realizó la privatización tailandesa a partir de un plan más concreto con medidas tales como el aumento del papel del sector privado en empresas públicas, la aprobación del Plan Maestro de la revolución de empresas públicas, asistencias financieras del FMI, y sobre todo, la iniciativa de *la Ley sobre las Sociedades de Capital Público B.E. 2542 (1999)* como herramienta del paso inicial de la privatización de empresas públicas. Esta Ley, con el incentivo del FMI, tiene por objeto transformar empresas de forma pública a privada como una sociedad mercantil. Sin embargo, esta Ley es solamente una herramienta del Estado para cambiar la forma jurídica de empresa pública establecida por la Ley a la sociedad mercantil, no para privatizar, vender o transferir a los particulares. Además, según esta Ley, un error que se puede observar es que en Tailandia tiene solamente la Ley sobre las Sociedades de Capital Público, pero no existe la Ley general que regule el procedimiento de privatización, la venta o la transferencia en sistematización.

Uno de los problemas de la Ley sobre las Sociedades de Capital Público de Tailandia que se considera en este estudio es la potestad del Consejo de Ministros en todos los casos que puede derogar la ley de creación de empresa pública, a través de real decreto, en virtud del artículo 28. Por el contrario, la LOFAGE, con arreglo a lo que se establece en el artículo 64, da potestad de derogación de la ley de creación de una empresa pública, como



regla, en manos del Parlamento mediante una norma con rango de Ley, solamente de carácter tasado y limitado puede derogarse por Real Decreto en manos del Consejo de Ministros. Frente a esta cuestión, se puede decir que la Constitución quiere que se debata en el Parlamento para promulgar una norma con rango de Ley, es decir, desea que haya un debate público y los parlamentarios la revisen, examinen y voten. Si una ley con un artículo único estableciera que todas las competencias del Parlamento pasando al Consejo de Ministros, podría darse lugar a una situación jurídica llamada *fraude de ley o fraude de Constitución* que contradice la finalidad constitucional. Lo que ocurrió en Tailandia por culpa de esta cláusula podría conllevar a mi país la corrupción en privatizaciones inevitablemente. Por lo tanto, la modificación de este artículo en la norma tailandesa podría constituir uno de los remedios posibles para prevenir y resolver la posibilidad de conflicto de intereses que se está produciendo en los procedimientos de privatización de empresas públicas en Tailandia desde sus primeros momentos.

Sumado a la problemática planteada, está evidenciándose otro problema en Tailandia que tiene que encontrar urgentemente un remedio, la falta de respeto de los principios jurídicos significativos en el procedimiento privatizador. Los principios básicos que resultan imprescindibles son el Estado de Derecho, Estado Social de Derecho y Estado Democrático. Estos tres conceptos se consideran en España como supra-principios jurídicos o principios de principios; al contrario en Tailandia, excepto Estado de Derecho, son poco conocidos.

En cuanto al Estado de Derecho y la privatización, se trata de una forma del Estado como abstencionista en las actividades económicas del país, la intervención estatal se centra solamente en la seguridad jurídica, justicia, libertad individual, defensa. En este alcance, el Estado tiene obligación de asumir directa y exclusivamente las actividades para proporcionar y promover la libertad individual y la seguridad jurídica apropiadas a sus ciudadanos, al contrario, en cuanto a las actividades fuera de dichos alcances, por ejemplo, las actividades económicas y sociales, los poderes públicos suelen reducir su intervención o, en alguna vez, dejan que los particulares participen y las realicen con plena libertad, de acuerdo con el principio *laissez faire, laissez passer*.

Sin embargo, aparte de dicho núcleo conceptual del Estado de Derecho citado en los párrafos que anteceden, también se reconoce que un Estado de Derecho es el que respeta enteramente el efectivo sometimiento al Derecho. Como se sabe la naturaleza jurídica de la potestad administrativa y de los particulares tiene bases muy distintas. En cuanto a la relación entre la Administración y la ley, puede configurarse como *vinculación positiva*, es decir, la Administración sólo puede actuar cuando la ley así lo prevé, cuando le otorga potestad para ello; mientras que los particulares se vinculan en el ámbito jurídico llamado *vinculación negativa*, a partir de dicha vinculación los particulares pueden actuar de cualquier modo siempre que dicho accionar no contradiga a la norma o siempre que la norma no lo prohíba. Por esta razón, cuando los poderes públicos actúen sin respaldo legal, o cuando no existe la normativa jurídica que regule cómo hacer, en qué condición, etc. podría resultar que los poderes públicos actúan por encima del Derecho. Por lo tanto, uno de los ejes o como la perfección del

concepto del Estado de Derecho sería la existencia de la norma jurídica, estando detrás de cada acción de los poderes públicos en el procedimiento privatizador. Cuando los poderes públicos van a privatizar una empresa pública tienen que explicar por qué la privatizan, en qué caso puede hacerlo, qué procedimiento tiene, qué objetivos o qué fines persiguen. Dicha explicación sería la más de Estado de Derecho, al contrario, si no existe esto, no hay Estado de Derecho en este procedimiento.

Según el estudio, en los procedimientos de privatización, el respeto al fin del interés general como criterio de decisión de las autoridades es un elemento imprescindible. En España, se garantiza el fin de interés general de las actuaciones administrativas de manera muy clara desde la Norma Suprema, el 103.1, y también la Normativa inferior como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el artículo 3.1. Por el contrario, en Tailandia no existe ningún artículo en la Constitución tailandesa, ni en la normativa infra-constitucional que fije acerca de dicho principio. La falta de límites explícitos sobre los fines de la actuación administrativa podría llegar a darse el caso de que el Poder Ejecutivo y la Administración Pública privatizasen una empresa estatal o gestionasen el procedimiento, persiguiendo fines que no coincidiesen con el interés general, incluso, podrían perseguir exclusivamente intereses particulares. Aunque es posible deducir determinados principios que existen latentes en una doctrina sobre la importancia del servicio al interés general como principio legitimador de la acción pública, será más oportuna y eficiente para Tailandia la creación normativa que garantice de manera explícita y clara que disponga de carácter general que todas las actuaciones públicas estén obligatoriamente

sujetas a respetar y promover el interés general de todas y cada una de sus actuaciones, incluso en ámbitos de privatización. La existencia de una cláusula fijada sobre el fin del interés general como un criterio de conducta de todos los poderes públicos podría llevarnos a mejorar las actuaciones administrativas, así como los procedimientos de privatización tailandesa.

Por la razón arriba expuesta, se propone que el sistema jurídico tailandés debería tener una Ley de carácter general para configurar los procedimientos de la privatización de empresas públicas, con los medios más sistemáticos coincidentes con los principios jurídicos significativos. Algunos supuestos que necesitarían ser considerados en esta Ley serían, por ejemplo, i) los principios indispensables respetados en esta ley -el principio de publicidad, el de la igualdad de oportunidades, el de concurrencia, el principio de transparencia, por ejemplo-, ii) la fijación de obligaciones de servicios, compromisos que los particulares prestadores de los servicios privatizados tendrán que cumplir para favorecer el principio de igualdad y los derechos de los ciudadanos, iii) el respeto al fin de interés general, iv) la fijación en el texto legal de una lista o unos tipos de empresas estatales no susceptibles de privatización -por ejemplo, la Oficina de la Lotería del Gobierno de Tailandia, la Oficina del Monopolio del Tabaco de Tailandia, la Organización de Destilería de Licores, que en relación con la significación religiosa, son las que fabrican productos que se contradicen con los preceptos fundamentales de la religión budista-, v) el reconocimiento y la protección fijados en esta Ley acerca de los derechos de trabajadores en el procedimiento privatizador y tras privatizarse la imposición sobre la creación de una Comisión de forma cuasi jurisdiccional para vigilar y

solucionar los conflictos que puedan acaecer, vi) la fijación del porcentaje máximo de propiedades, el que en ningún caso podrá exceder del límite, así como otros derechos reales en favor de extranjeros, vii) la protección de los ciudadanos, de los consumidores y la valoración de la consecuencia tras privatizarse.

En cuanto al principio de Estado Social de Derecho y la privatización, es un concepto por el que el Estado debe intervenir en los servicios sociales para garantizar la igualdad entre sus ciudadanos; de esto resulta que el concepto de Estado Social es incompatible con la política de privatizaciones. Sin embargo, no significa que el concepto de Estado Social y la privatización no puedan convivir juntamente porque el Estado no siempre tiene que actuar como el Estado empresario para garantizar la igualdad de sus ciudadanos, sino que podría mantener el bienestar social asumiendo como “inspector o vigilante” para promover la existencia de la igualdad real, efectiva y concreta en la sociedad. Las herramientas para la continuidad de servicio se podrían realizar mediante la re-regulación de las reglas necesarias, es decir, el Estado tiene que dictar las regulaciones necesarias, como unas condiciones pertinentes en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la CE, para controlar el servicio. La función como inspector y vigilante puede mantener la calidad del servicio, pero es innecesario ser un Estado prestador o Estado empresario para satisfacer a los ciudadanos los derechos sociales directamente. Además, en caso del concepto de Estado Democrático en relación a la privatización, sus ejes son los que tienen relación con las tres nociones: la soberanía nacional, el pluralismo de la sociedad, visión participativa del proceso público y asunto público. La presencia de las empresas públicas facilita el control político por el Parlamento -como

representante del pueblo como fruto del concepto de Estado democrático-que puede controlarlas en favor de los intereses generales del pueblo. Al contrario, cuando una empresa pública se ha privatizado, los órganos representativos del pueblo pierden su autoridad de control sobre dichas empresas de forma definitiva. No obstante, no significa que la convivencia conceptual entre ambos no puede ocurrir porque la promoción del pluralismo junto con la libertad de participación en asunto público de los ciudadanos es algo que coincidiría enormemente con la idea de la privatización de empresas públicas.

Como ya se ha apuntado anteriormente, el Ordenamiento Jurídico como conjunto de normas (constitución, leyes, reglamentos, etc.) y Principios Generales del Derecho interpretados a la luz de los principios y valores supremos determina lo que tiene que hacer la Administración Pública y es un elemento imprescindible para que en un país se configure el Estado de Derecho, pero esto no es todo, también hay otros elementos del Estado de Derecho, por ejemplo, el control judicial de la actuación administrativa. Cada acto de la Administración, incluso en la privatización, podría ser revisable y controlable por la autoridad judicial para comprobar si cada actuación es contraria a lo previsto en las normas, por tanto, el control judicial es un tema significativo para considerar en relación a la privatización. En países como España o Tailandia, el Poder Judicial puede revisar, fiscalizar y controlar tanto la potestad reglada como la potestad discrecional. Según estudios citados y desarrollados en esta investigación, el control judicial de la potestad discrecional de España perfila un sistema más eficiente que de Tailandia, es decir, se establece en el conjunto del Ordenamiento Jurídico de carácter sistemático y se cubre el control judicial

de la discrecionalidad administrativa con el control de los “hechos determinantes”, el de la competencia del órgano emisor, el procedimiento o forma, los principios generales del Derecho y, sobre todo, el de la desviación de poder. Pero en cuanto a Tailandia, aunque se aplican los controles como el de los hechos determinantes, el de competencia y procedimiento, así como el de los principios generales del Derecho, la falta de la norma jurídica que configure la sistematización y la experiencia del tribunal de lo contencioso-administrativo, y además la carencia de la comprensión de la noción conceptual del control de la desviación del poder son las dificultades que impiden el desarrollo del sistema de control de la discrecionalidad, y también en la privatización. Por lo tanto, las tres propuestas: la creación en el Ordenamiento Jurídico tailandés sobre la importancia del fin de las actuaciones administrativas para los intereses generales -como lo establecido en el artículo 103.1 de la CE y el 3.1 de la Ley 30/1992-; la imposición en el texto legal sobre el control judicial del fin -como el artículo 70.2 de la Ley 29/1998-, y por último, la comprensión de la idea conceptual de la desviación del poder para que sea una base fundamental para un control jurisdiccional sistemático en la privatización, serán algunos de los remedios más eficaces que podrían mejorar las situaciones en los procedimientos de privatización, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional de Tailandia.





## BIBLIOGRAFÍAS

### Libros

AGUDO ZAMORA, Miguel J. *Estado Social y felicidad: la exigibilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo actual*. Córdoba: Laberinto, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado; Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

------. *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de interés general*. Madrid: Aranzadi, 2007.

ALCUBILLA, Enrique Arnaldo, VALVERDE, Rafael Fernández. *Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Tercera Edición. Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2007.

ALGARAZ RAMOS, Manuel, et al. *El Estado de Derecho frente a la corrupción urbanística*. Madrid: LA LEY, 2007.

ALONSO, María José. *La solución justa en las resoluciones administrativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, et al. *Corrupción y Estado de Derecho: El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1989.

ARANDA ALVAREZ, Elviro. *Los actos parlamentarios no normativos y su control judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ARRIZABALO MONTORO. *Las privatizaciones en la Unión Europea: crisis, ajuste y regresión social*. Madrid: Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Complutense de Madrid, 1996.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BARAMANAND, Nantawat. *Privatizaciones de empresas públicas tailandesas*. Quinta Edición. Bangkok: Winyuchon, 2550 (2007).

BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

BELL, John. *Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View*. Oxford: Keith Hawkins, 1992.

BENSON, Bruce L. *Justicia sin Estado*. Madrid: Unión Editorial, 2000.

BERTUZZI, María Laura. *Ciudad y Urbanización: Problemas y Potencialidades*. Santa Fe: UNL, 2005.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. Los servicios de interés económico general. En: DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás y ESTELLA DE NORIEGA, Antonio. *Problemas de legitimación en la Europa de la Unión: Las repuestas del Tratado de Amsterdam*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2000.

BORTOLOTTI, Bernardo, and SINISCALCO, Domenico. *The Challenges of Privatization; An International Analysis*. New York: Oxford University Press, 2004.

BÖS, Dieter. *Privatization: A Theoretical Treatment*. New York: Oxford University Press, 1991.

C.R. Belfield. *Economic Principles for Education: Theory and Evidence*. Northampton: Elgar, 2000.

CALVO ORTEGA, Rafael. *Estado Social y participación asociativa*. Navarra: Civitas, 2007.

CARLON RUIZ, Matilde. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Navarra: Aranzadi, 2007.

CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado Social de derecho en la Constitución*. Madrid: CES, 2000.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

COMÍN, Francisco y DÍAZ FUENTES, Daniel. *La empresa pública en Europa*. Madrid: Síntesis, 2004.

COMÍN, Francisco y MARTÍN ACEÑA, Pablo. *Historia de la empresa pública en España*. Madrid: Escapa-Calpe, 1994.

CUERVO GARCÍA, Álvaro. *La Privatización de La Empresa Pública*. Madrid: Encuentro, 1997.

CUEVAS RODRIGUEZ, Gloria. *Gobierno Corporativo de Las Empresas Españolas Privatizadas: la gestión de incentivos y el rendimiento organizativo*. Madrid: AECA, 2008.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La desviación de poder*. Segunda Edición. Madrid: Civitas, 1999.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen y CARLON RUIZ, Matilde. Del servicio público al servicio universal de las telecomunicaciones. En: DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2003.

CHULARAT, Akkaratorn. *La Historia del tribunal Administrativo de Tailandia*. Bangkok: s.n. 2550 (2007).

DA SILVA OCHOA, Juan Carlos, et al. *El control jurídico de las privatizaciones de empresas*. Madrid: Civitas, 2003.

DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*. Lousiana: Lousiana State University Press, 1969.

DE ASIS, Rafael. Juez y concepto de Derecho Iuspositivista. En: RAMOS PASCUA, J. A. y RODILLA GONZALEZ, M, Á. (dir.). *El positivismo jurídico a examen: Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2006.

DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000.

DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo. *El Fraude de Ley*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. Artículo 128: riqueza, Iniciativa pública y reserva al servicio público. En: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Madrid: Derecho Reunidas, 1996.

------. El Consejo de Estado en un Estado Social y democrático de Derecho. En: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. *Gobierno y Administración en la Constitución*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1988.

------. *Liberalización de las Telecomunicaciones, Servicio Público y Constitución Económica Europea*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

DE LA TORRE, Ángel Sánchez, et al. *El Estado de Derecho en la España de hoy*. Madrid: ACTAS S.L, 1996.

DE VAL, Maura. *La privatización en América Latina ¿Reconquista financiera y economía de España?* Madrid: Popular, 2001.

DEL MORAL, Antonio Martí. *La Comisión del Mercado de Las Telecomunicaciones*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2000.

DE SOLAS RAFECAS, José María. *Contratos Administrativos y contratos privados de la Administración*. Madrid: Tecnos, 1990.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Navarra: Aranzadi, 1999.

-----, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

-----, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madrid: Civitas, 1997.

El instituto de la investigación de la Universidad de Thammasat. *El informe de la investigación sobre la comparación del procedimiento del caso contencioso-administrativo*. Bangkok: s.n. 2549.

El Secretario Judicial del Tribunal Administrativo. *The Administrative Court of Thailand*. Bangkok: s.n. 2007.

ENRIQUEZ SANCHO, Ricardo. *La Contratación Administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid: La Ley, 2007.

ESPARZA MARTINEZ, Bernardino. *La participación política como derecho fundamental en la Constitución de España y de Europa*. S.l.: Porrúa, 2008.

ESTRIN, Saul. *Privatization in Central and Eastern Europe*. New York: Longman Group, 1994.

FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías; la Ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FONT I LLVET, Tomás y MIR PUIGPELAT, Oriol. Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial. En: GARCÍA DE ENTERRÍA,

Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo (Coordinadores). *Administración y Justicia: Un análisis jurisprudencial*. Navarra: Civitas, 2012.

FREIXES, Teresa, REMOTTI, José Carlos. *El Futuro de Europa. Constitución y Derechos Fundamentales*. Valencia: Minim Ediciones, 2002.

GÁMIR, Luis. *Las Privatizaciones en España*. Madrid: Pirámide, 1999.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, Ley e inmunidades del poder*. Segunda Edición. Navarra: Civitas, 2004.

----- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2006.

----- *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas, 1974.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Civitas, 2000.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993.

GARCIA PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones Del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Universitaria, 1995.

GARRIDO GOMEZ, María Isabel. *Derechos fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Dilex, 2007.

GARRORENA MORALES, Ángel. *El Estado español como Estado Social, democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos, 1991.

GAYLE, Dennis J. and GOODRICH, Jonathan N. *Privatization and deregulation in global perspective*. London: Pinter Publishers, 1990.

GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, Vanessa Eugenia. *Los títulos nobiliarios en la jurisprudencia*. Madrid: Reus S.A, 2006.

GODOI, Marciano S. *Fraude a la Ley y Conflicto en la Aplicación de las leyes tributarias*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

GÓMEZ ACEBO y POMBO ABOGADOS. *Teoría y práctica de las privatizaciones*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

GONZÁLEZ DE LA FE, Pedro, y RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, Roberto, *Políticas de privatización*. Madrid: Dykinson, 2003.

GONZÁLEZ IBÁÑEZ, Joaquín. *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho*. Bogotá: Ibañez, 2009.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Estudios y Comentarios: El Derecho Administrativo Iberoamericano*. Granada: INAP, 2005.

Grupo del Partido de los Socialistas Europeos. *La liberalización en Europa. El mito de España: políticas sobre la liberalización y la competencia en la Unión Europea*. Madrid: Debates de Europeos, 2002.

GUARNIDO RUEDA, Almudena y JAÉN GARCÍA, Manuel, y AMATE FORTES, Ignacio. *La desregulación y Privatización de las empresas públicas. El caso de las telecomunicaciones en España*. Almería: Universidad de Almería, 2007.

HAYEK, Friedrich A. *Derecho, legislación y libertad*. Madrid: Unión Editorial, 1985.

HAWKINS, K. *The use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science*. New York: Oxford University Press, 2001.



HERRERA, Carlos Miguel. *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

HIERRO, Liborio L. *Estado de Derecho: Problemas actuales*. Segunda Edición. S.l.: BFD, 2001.

KIATTABTIW, Thavorn. *El Tribunal Administrativo, los cosos contenciosos administrativos y los procedimientos*. Bangkok: Nitibannakarn, 2545 (2002).

KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado; Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. BULYGIN. Eugenio (traductor). Buenos aires: Depalma, 1980.

La Comisión de creación de los manuales beneficiados al trabajo de los Ministros. *Procedimientos privatizadores*. Tercera Edición. Bangkok: Ministerio de Economía, 2551 (2008).

LANZAROTE MARTINEZ, Pablo. *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*. Madrid: La Ley, 2008.

LIFANTE VIDAL, Isabel. *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1989.

LOIS ESTEVEZ, José. *Fraude contra Derecho*. Madrid: Civitas, 2001.

LUIS BREY, José, et al. *Derecho Constitucional de España (Sistema de la Constitución de 1978)*. Madrid: Editorial Universitas, 2006.

MACERA-TIRAGALLO, Bernard Frank. *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*. Barcelona: Cedecs Editorial S.L, 2001.

MAGALDI, Nuria. *Procura existencial, Estado de Derecho, y Estado Social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

MAGARIÑO BLANCO, Victorio. *La seguridad jurídica y el Estado de Derecho en España*. Segunda Edición, Sevilla: Pinero, 1993.

MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: Ministerio de Administración pública, 2000.

MAJONE, Giandomenico. *Deregulation or Re-regulation? Regulatory Reform in Europe and the United States*. New York: Pinter Publisher, 1990.

MARTIN FRADES, Ángel Carlos. *Especialidad Jurídica*. Sevilla: MAD, 2007.

MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis. Nuevo sistema conceptual. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Edi.). *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: BOE, 1999.

MESTRE VERGARA, María del Carmen. La empresa pública en la Comunidad Económica Europea. En: ROMANÍ BIESCAS, Arturo. *La Empresa pública española: estudios*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

MICHAEL H. Davis. A Government of Judges: an historical review. *The American Journal of Comparative Law*. Nº 3, 1987, vol 35.

MONEREO PEREZ, José Luis. *La defensa del Estado Social de Derecho: La teoría política de Hermann Heller*. s.l. El Viejo Topo, 2009.

MONTARAZ OLIVAS, León. *Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)*. Test. Sevilla: MAD, 2006.

MONTERO PASCUAL, Juan José. *La liberalización de los servicios postales*. Madrid: Trotta, 2005.

MOREY JUAN, Andrés. *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

MORILLO, Joaquín García. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1993.

NAKORNTRAB, Nitinai., y WISITSORA-AD, Kriang. *El manual del procedimiento en el Tribunal Administrativo*. Bangkok: Wisitsoraad, 2544 (1998).

NARATTARAKSA, Theraded. *Las informaciones principales sobre la Ley del Tribunal Administrativo*. Bangkok: Hi-Ed Publishing, 2544 (1998).

NAVARRO FERNANDEZ, José Antonio. *El Fraude de ley: Su tratamiento jurisprudencial*. Madrid: Montecorvo, 1988.

NIEVES DE LAS SERNA BILBAO, María. *La privatización en España Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Navarra: Aranzadi, 1995.

NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993.

-----, *Eficacia y Administración: Tres estudios*. Madrid: MAP, 1995.

----- . *Transformación y ¿Reforma? Del Derecho Administrativo en España*. Sevilla: INAP, 2012.

PECES-BARBA, Gregorio. Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa. En: IBAN, Ivan C. *Libertad y Derecho fundamental de libertad religiosa*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1989.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

PEREZ CALVO, Alberto. *El Estado Constitucional Español*. Madrid: Reus, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Octava edición. Madrid: Tecnos, 2004.

PIRIYARANGSAN, Sangkit. *Capitalismo en Tailandia (los años de B.E. 2475 a 2503)*. Bangkok: Institución Investigadora de la Universidad Chulalongkorn, 2526 (1982).

RAMANADHAM, V.V. *Privatization and Equity*. London: Routledge, 1995.

RAWLS, John, et al. *Libertad, Igualdad y Derecho*. VALVERDE GAFAELL, Guillermo (Traductor). Barcelona: Ariel, 1988.

REDONDO, María Cristina, SAUCA CANO, José María, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Estado de Derecho y decisiones judiciales*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

RIGGI, Eduardo Javier. *Interpretación y ley penal: Un ataque desde la doctrina del fraude de ley*. Barcelona: Atelier, 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *La privatización de la Empresa pública*. Madrid: Montecorvo, 1991.

-----, *Derecho Administrativo Español Tomo I: Introducción al Derecho Administrativo Constitucional*. La Coruña: Netbiblo, 2008.

RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio (comp.). *Estado, privatización, y bienestar: Un debate de la Europa actual*. Barcelona: ICARIA, 1991.

RODRÍGUEZ COARASA, Cristina. *La libertad de enseñanza en España*. Madrid: Tecnos, 1998.

RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María. *La administración del Estado Social*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

RODRIGUEZ GAONA, Roberto. *El control constitucional de la reforma a la Constitución*. Getafe: Dykinson, 2006.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús. *Estado de Derecho y Democracia*. S.l.: Instituto Federal Electoral, 2001.

RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo J. *Aspectos jurídicos de la privatización de la empresa pública en España*. Getafe: Instituto de Estudios Económicos, 1993.

ROMANÍ BIESCAS, Arturo. *La Empresa pública española: estudios*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980.

RUIZ TOLEDANO, José Ignacio. *El Fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal*. Valencia: CISS, 1998.

SANCHEZ BLANCO, Ángel. Libre competencia y modelos económicos públicos en la Unión Europea. En: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. *XVIII Jornadas de Estudio sobre; La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (III)*. Madrid: BOE, 1999.

SANCHEZ DE LA TORRE, Ángel, et al. *El Estado de Derecho en la España de hoy*. Madrid: ACTAS, 1996.

SANCHEZ ISAAC, Jaime. *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia*. Barcelona: Bayer Hnos, 1999.

----- . *La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1973.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.

----- . La Concepción constitucional de la Administración Pública. En: CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (dir.). *Comentarios a la Constitución Española XXX Aniversario*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de derecho administrativo I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

----- . *Principios de Derecho Administrativo General. Tomo II*. Madrid: Iustel, 2005.

SANZ DELGADO, Enrique. *Las prisiones privadas. La participación privada en la ejecución penitenciaria*. Madrid: Edisofer, 2000.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

SAWANGSAK, Chanchai. *Explicación de la Ley de establecimiento del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo*. Bangkok: Winyuchon, 2542 (1999).

SCHNEIDER, C. *Discretion and rules. A lawyer view*. New York: Oxford University Press, 2001.

SIRIKED, Kridyod. *Tribunal Administrativo Manual explicativo de la Ley de creación del Tribunal Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-administrativa B.E. 2542*. Bangkok: June Publicing, 2545 (2002).

SOLS LUCIA, Alberto. *El Fraude a la Ley: Estudio analítico del Artículo 6.4 del Código Civil en la Doctrina y Jurisprudencia*. Zaragoza: TB, 1989.

SOUVIRON, José María. *La Privatización del Sector Público Empresarial del Estado en España (1996-2002): Aspectos Jurídicos*. En: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Dir.). *Privatizaciones y liberalizaciones en España: Balance y Resultados (1996-2003): Resúmenes Ejecutivos*. Granada: Comares, 2004.

TEROL BECERRA, Manuel José. *El Estado Social y sus exigencias Constitucionales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

THAIAREE, Pipat. *El principio de la privatización de las empresas públicas en Tailandia*. Bangkok: la Universidad de Chulalongkorn, 2531 (1988).

------. *Privatizaciones al sector privado*. Bangkok: Universidad Chulalongkorn, 2530 (1987).

THONGNUAL, Akkalamesuan. *Privatizaciones*. Bangkok: Oficina de la Secretaría Parlamentaria, 2531 (1987).

TORREGROSA CARNE, María Dolores. Técnicas procedimentales alternativas en los supuestos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. En; PONT MESTRES, Magín y PONT CLEMENTE, Joan Francesc (coordinadores). *Alternativas convencionales en el Derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

TORRES, Lourdes y PINA Vicente. *Privatización de Empresas y Descentralización de Servicios Públicos*. Madrid: Gráficas Ortega, 1998.

Transparencia Internacional. *Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional 2010*. Berlin, s.n. 2010.

TRONCOSO REIGADA, Antonio. *Privatización, empresa pública y Constitución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. Regulación versus competencia. Funciones y disfunciones del actual modelo. En: Abogacía General del Estado: Dirección del Servicio Jurídico del Estado. *XXX Jornadas de Estudio, La Regulación de los Mercados: Telecomunicaciones, Energía y Valore*, 19, 20 y 21 de noviembre de 2008. Madrid: Ministerio de Justicia, 2009.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. *La irretroactividad: Problemática general*. Madrid: Dykinson, 2006.

VERGÉS I JAIME, J. *Las privatizaciones de empresas públicas como fenómeno internacional*. Barcelona: Gestión 2000, 1993.

VILLAVERDE-MENÉNDEZ, Ignacio, et al. *Derecho Constitucional, Materiales de prácticas*. Asturias: Universidad de Oviedo, 1997.



## Revistas

ACOSTA ROMERO, Miguel. La modernización del Estado, su redimensionamiento, la privatización de empresas públicas y servicios públicos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. N° 195-196 (Mayo-Agosto 1994).

AMENGUAL ANTICH, José. El control de los entes instrumentales. *Auditoría Pública*. 2009. N° 49.

ATIENZA, Manuel. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica. *Revista Española de Derecho Administrativo*. 1995. N° 85.

BEL, Germá y COSTAS, Antón. La privatización y sus motivaciones en España: de instrumento a política. *Revista de Historia Industrial*. 2001. N° 19-20.

CARAZO LIÉBANA, María José. Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos. *Cuadernos de Derecho Local*. N° 27 (Octubre de 2011).

CARMONA CUENCA, Encarnación. El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos*. 1994. N° 84.

CORCUERA ATIENZA, Javier. Estado y economía en época de crisis: las privatizaciones. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. N° 91. (Enero-Marzo 1996).

CUERVO GARCÍA, Álvaro. Las privatizaciones en España. *Revista Cuadernos de Información Económica*. Nº 119. (Febrero 1997).

DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás. Constitución y modelo económico liberalizador. *Cuadernos de Derecho Público*. Nº 9. (Enero-abril 2000).

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales. *Sistema*. Nº 125. (Marzo 1995).

DILORENZO, Thomas, J. El mito del monopolio natural. *The Review of Austrian Economics*. 1996, vol 9. Nº 2.

EGEA, Pilar. Privatización, desregulación y ¿competencia? *Economía Aplicada*. 1996, vol 4. Nº 10.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía, Justicia Administrativa. *Revista de Derecho Administrativo*. 2003. Nº 18.

FERNANDEZ SARASOLA, Ignacio. La División de Poderes en la Historia Constitucional Española. *Revista Fundamentos*. 2009. Nº 5.

FERNÁNDEZ SERRANO, Victoria. La era de las privatizaciones en España: en busca de la modernización del sector. *Revista Partida Doble*. Nº 164 (Marzo 2005).

GALÁN GALÁN, Alfredo. La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local. *Revista CEMCI*. Nº 8 (julio – septiembre 2010).

GÁMIR CASARES, Luis. La Empresa Públicas en España: Pasado, Presente, y Futuro. *Revista Información Comercial Española*. Nº 826 (Noviembre 2005).

GARCÍA CRESPO, María Milagros. Reflexiones sobre la privatización y su control. *Revista española de control externo*. 2000, vol 2. N° 4.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*. 1996. N° 89.

GOMÁ, Ricard y BRUGUÉ, Quim. Algunas matizaciones en relación a la privatización de los Servicios Públicos. *Cuadernos de relaciones laborales*. 1996. UCM. N° 8.

GÓMEZ RUIZ, Jesús. Privatizar la Justicia. *Revista española y americana*. N° 8 (Abril 2008).

GUARNIDO RUEDA, Almudena y JAÉN GARCÍA, Manuel. La experiencia privatizadora en España. *Revista Cuadernos de Ciencias económicas y empresariales*. 2005. N° 49.

GUPTA, Sanjeeve. Privatization, Labor, and Social Safety Nets. *Journal of Economic Surveys*. vol 15 (December 2002).

J. A. KAY y D.J. THOMPSON. Privatisation: A policy in search of a rationale. *The Economic Journal*. N° 96 (March 1986).

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el derecho comunitario. *Revista española de Derecho Administrativo*. N° 88 (Octubre-diciembre 1995).

LINDE PANIAGUA, Enrique. Contencioso-Administrativo. *Boletín de la Facultad de Derecho*. 1994 - 1995. N° 5.

LÓPEZ GUERRA, Luis. Las dimensiones del Estado Social de Derecho. *Sistema*. 1980. N° 38-39.

MESQUIDA SAMPOL, Joan. El concepto de discrecionalidad y su control. *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. 2003. N° 37.

MORALES, Joaquín. Estado Social y privatizaciones. *Cuadernos de Relación Laboral*. 1998. N° 13.

ORTEGA ALMÓN, María Ángeles y SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, María Ángeles. Política de adaptación de la empresa pública española en el marco de la Unión Europea. *Revista de estudios europeos*. 2001. N° 28.

-----  
----- . La política de privatizaciones en España. *Momento Económico*. N° 122 (Julio - Agosto 2002).

PAREJO ALFONSO, Luciano. Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros. *Revista de Derecho de la Unión Europea*. N° 7 (2º semestre 2004).

PRADO LORENZO, J.M., JIMÉNEZ, D.M. y GARCÍA SÁNCHEZ, I.M. El proceso de corporatización en España: evolución y factores explicativos. *Auditoría Pública*. 2009. N° 47.

ROSITO ARBIA, Giuseppe. La teoría de los actos separable en el Derecho Administrativo venezolano. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Política*. 1994. N° 93.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. El Sistema de Fuentes del Derecho en los primeros cincuenta años de vida de la Revista de Administración Pública (1950-2000). *Revista de Administración Pública*. 1999. N° 150.

SANZ DELGADO, Enrique. La privatización en el sistema penitenciario: viejos remedios e insatisfactorias soluciones. *Revista de Derecho penal*. Nº56 (Enero 2009).

TEZANOS, José Félix. Ante la necesaria apertura de un proceso constituyente en la España actual. *Revista de Ciencias Sociales*. Nº 17-18 (Abril 1977).

VILLAR ROJAS, Francisco José. La privatización de la gestión de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid. *Revista Derecho y salud*. 2009, vol 17. Nº extra 1.



## **LISTADO DE RESOLUCIONES JUDICIALES**

### **1. Resoluciones judiciales de España**

#### **1.1 Del Tribunal Constitucional**

- La STC 8/1981, de 30 de marzo.
- La STC 17/1981, de 1 de junio.
- La STC 26/1981, de 17 de julio.
- La STC 27/1981, de 20 de julio.
- La STC 1/1982, de 28 de enero.
- La STC 12/1982, de 31 de marzo.
- La STC 16/1982, de 28 de abril.
- La STC 39/1983, de 17 de mayo.
- La STC 85/1983, de 25 de octubre.
- La STC 101/1983, de 18 de noviembre.
- La STC 122/1983, de 22 de diciembre.
- La STC 18/1984, de 7 de febrero.
- La STC 53/1985, de 11 de abril.
- La STC 140/1985, de 21 de octubre.
- La STC 175/1985, de 17 de diciembre.
- La STC 39/1986, de 31 de marzo.

- La STC 108/1986, de 26 de julio.
- La STC 65/1987, de 21 de mayo.
- La STC 19/1988, de 16 de febrero.
- La STC 152/1988, de 20 de julio.
- La STC 179/1989, de 2 de noviembre.
- La STC 46/1990, de 15 de marzo.
- La STC 216/1991, de 14 de noviembre.
- La STC 220/1991, de 25 de noviembre.
- La STC 65/1992, de 29 de abril.
- La STC 63/1993, de 1 de marzo.
- La STC 71/1993, de 1 de marzo.
- La STC 79/1993, de 1 de marzo.
- La STC 37/1994, de 10 de febrero.
- La STC 294/1994, de 7 de noviembre.
- La STC 61/1997, de 20 de marzo.
- La STC 109/1998, de 21 de mayo.
- La STC 141/1998, de 29 de junio.
- La STC 194/1998, de 1 de octubre.
- La STC 50/1999, de 6 de abril.
- La STC 70/2000, de 13 de marzo.
- La STC 235/2000, de 5 de octubre.



- La STC 1/2003, de 16 de enero.
- La STC 14/2003, de 28 de enero.
- La STC 51/2006, de 16 de febrero.
- La Declaración del Pleno del TC: DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.

## **1.2 De los Tribunales Ordinarios**

- La STS, de 20 de mayo de 1961.
- La STS, de 27 de noviembre de 1961
- La STS, de 6 de febrero de 1962.
- La STS, de 13 de junio de 1976.
- La STS, de 28 de septiembre de 1978.
- La STS, de 21 de noviembre de 1985.
- La STS, de 27 de junio de 1986.
- La STS, de 27 de junio de 1987.
- La STS, de 10 de octubre de 1989.
- La STS, de 24 de octubre de 1989.
- La STS del 26 de junio de 1995.
- La STS del 22 de marzo de 1997.
- La STS, del 23 de mayo de 1997.
- La STS, de 11 de junio de 1991.

- La STS, de 17 de octubre de 2000.
- La STS, de 27 de noviembre de 2001.
- La STS, de 18 de febrero de 2004.
- La STS, de 10 de mayo de 2004.
- La STS, de 18 de mayo de 2004.
- La STS, de 4 de junio de 2004.
- La STS, de 6 de julio de 2004.
- La STS, de 18 de marzo de 2011.
- Auto del TS, de 23 de abril de 1998.
- Auto del TS, de 1 de diciembre de 2011.
- La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía 14791/2010.

## **2 Resoluciones judiciales de Tailandia**

### **2.1 Del Tribunal Constitucional**

- Fallo del Tribunal Constitucional tailandés, número 50/2542, de 4 de noviembre del año B.E.2542 (1999).
- Fallo del Tribunal Constitucional tailandés, número 9/2549, de 8 de mayo de B.E 2549 (2006).

## **2.2 Del Tribunal Administrativo**

- La Sentencia del Tribunal Administrativo Supremo de Tailandia, número 5/2549, de 23 de marzo de B.E. 2549 (2006).
- La Sentencia del Tribunal Administrativo Supremo de Tailandia, número 35/2550, de 14 de diciembre de B.E. 2550 (2007).

## **3 Otras**

- La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 1974, Asunto 155-73.



## ANEXOS